Die
nicht valutierte Grundschuld
unter besonderer Berücksichtigung einer nach der Eintragung vollzogenen Grundstücksveräusserung.

INAUGURAL-DISSERTATION

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Erich Zimmermann

Kammergerichtsreferendar

aus Potsdam.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Berlin 1911.

Druck von Wilhelm Pilz, N.O. 18, Landsberger Strasse 108.

Referent:

Professor Dr. A. Mendelssohn-Bartholdy.

Dem Andenken meines Vaters

gewidmet.

Meiner Mutter!

Disposition.

Einleitung.

Seite

1. Begriff der nicht valutierten Grundschuld . . . . . § 1 1
2. Ziel der Arbeit . . . . . § 2 2

Behandlung des Themas.

Erster Teil.

Die nicht valutierte Grundschuld vor der Zwangsversteigerung . . § 3 4

I. Die sich aus der Eintragung der nicht valutierten Grundschuld ergebenden dinglichen Rechte 4

a) Begriff des „Eigentümers" im § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB . § 4 4

b) Die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld nach § 1192 S. 1 . . . . . § 5 8

1. Die verschiedenen Ansichten in der Literatur 9

α) Die Ansicht Jaeckels . . . . . § 6 9

β) Die Ansicht Güthes . . . . . § 7 11

γ) Die Ansicht Obernecks . . . . . § 8 12

δ) Die Ansicht Kindels . . . . . § 9 17

ε) Die Ansicht Hachenburgs . . . . . § 10 18

2. Die eigene Ansicht . . . . . § 11 19

II. Die sich aus der Eintragung der nicht valutierten Grundschuld ergebenden persönlichen Rechte 21

a) Hat der Grundschuldbesteller einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Grundschuldgläubiger? § 12 21

b) Wie setzt er ihn durch? . . . . . § 13 22

c) Der Anspruch nach dem Wegfall der Bereicherung . . § 14 24

Zweiter Teil.

Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung 24

I. Das Verhalten des Grundschuldgläubigers 24

a) Er liquidiert den Betrag . . . . . § 15 24

b) Er liquidiert den Betrag nicht . . . . . § 16 25

1. Die Zwangsversteigerung ist auf Antrag eines nachstehenden dinglich Berechtigten eingeleitet 25

2. Die Zwangsversteigerung ist auf Antrag eines vorgehenden dinglich Berechtigten eingeleitet 25

Seite

II. Der Besteller und der Subhastat als Berechtigte 26
a) Die rechtliche Bedeutung der Erklärung des Grundschuldgläubigers . . . . . § 17 26
α) Die verschiedenen Ansichten in der Literatur . . . 26
1. Die Ansicht Nissens 26
2. Die Ansicht Weidemanns 27
3. Die Ansicht Eccius'. 28
β) Die eigene Ansicht 28
b) Rechtswirkungen des Verzichts 29
1. Die Anwendbarkeit des § 1168 auf die Grundschuld § 18 29
2. Bringt der Verzicht eine Eigentümergrundschuld hervor? . . . . . § 19 30
α) Die rechtliche Natur des Grundschuldrechts nach dem Zuschlage 30
αα) Die Ansicht des RG. . . . . § 20 30
ββ) Die näheren Untersuchungen du Chesnes § 21 31
γγ) Die eigene Auffassung . . . . . § 22 32
δδ) Die Ansicht Samters . . . . . § 23 35
εε) Die Ansicht Hirschs . . . . . § 24 35
ζζ) Die Ansicht Wolffs . . . . . § 25 39
β) Die Anwendbarkeit der Hypotheken- und Grundschuldvorschriften auf das Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse . . . . . § 26 40
γ) Die Wirkung des Mangels der im § 1168 Abs. 2 vorgeschriebenen Form . . . . . § 27 41
III. Der Nachhypothekar als Berechtigter 42
a) Die Entscheidung des RG. Bd. 60 S. 251 . . . . . § 28 42
b) Mit dem RG im Ergebnis gleichlautende Entscheidungen § 29 44
c) Kritik der praktischen Folgen im Anschluss an Weidemann § 30 45

Dritter Teil.

Verhältnis der beiden gewonnenen Resultate unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung . . . . . § 31 46

Schluss.

Der Anspruch des Grundschuldgläubigers gegen den Subhastaten . § 32 53

Literaturverzeichnis.

Abraham, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankweseu. 1905. S. 182.
Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20, Bd. 25.
Biermann, Sachenrecht des BGB. 2. Aufl. 1903.
Böhm, Recht 1901. S. 194.
Bruck, Eigentümerhypothek. 1903.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. 4. Aufl. 1904.
Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts III. 1905.
Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. 1899.
Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts III. 4. Aufl. 1908.
du Chesne, Seuffert-Biätter für Rechtsanwendung. Nr. 18. S. 513.
— Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1905. S. 257.
Eccius, Gruchot Bd. 51 S. 162ff.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. 1905.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des bürgerlichen Gesetzbuches und zur Grundbuchordnung.
Güthe, DJ. 1906. S. 929.
— Grundbuchordnung 1911.
Hachenburg, DJ. 1906. S. 297.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hinsberg, DJ. 1906. S. 257.
Hirsch, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 S. 225.
— Uebertragung der Rechtsausübung. 1910.
Jaeckel, Gruchot Bd. 50 S. 604.
— Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 3. Aufl. 1909.
— ZBl. für freiwillige Gerichtsbarkeit Heft 4 S. 279.
— Ebenda Heft 6/7 S. 206.
Jung, Bereicherungsansprüche und Mangel des rechtlichen Grundes. 1902.
Kindel, Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch S. 75 ff.
Kretzschmar, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1904.
— Sachenrecht. 1906.
— ZBl. für freiwillige Gerichtsbarkeit. 1903. S. 195 ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1899.
Landsberg, Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen. 1905. S. 78.
Lederle, Recht. 1901. S. 513.
v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.
Motive zum BGB.
Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1905.
— JW. 1906. S. 153.
Nissen, JW. 1906. S. 803.
Oberneck, Grundbuchrecht II. 4. Aufl. 1909.
— Gruchot Bd. 47. S. 306.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch III. 3. Aufl. 1906.
Plessen, Grundlage der modernen condictio. 1904.
Predari, Grundbuchordnung. 1907.
— ZBl. für freiwillige Gerichtsbarkeit Heft 13 S. 508.
Protokolle zum BGB.
Puntschart, Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur. 1900.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I. 1910.
Reinhard, Handausgabe des Zwangsversteigerungsgesetzes. 3. Aufl. 1907.
— Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1901.
— Recht. 1902. S. 32.
Rothenberg, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 94 S. 272.
Samter, Handbuch zur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1904.
Schlossmann, Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge.
Siehr, Inaugural-Dissertation. Jena 1909. Die nicht valutierte Grundschuld.
Staudinger. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch III. 5./6. Aufl. 1910.
Steiner, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1905.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Kgl. Obertribunals gelangt sind Bd. 100. 1880.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I. 3. Aufl. 1906.
Weidemann, DJ. 1906. S. 1002 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II. 9. Aufl. 1906.
Wolff, Sachenrecht. 1910.

Einleitung.

§ 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwei in ihrer rechtlichen Natur verschiedene Arten der Grundpfandrechte — die Hypothek und die Grundschuld. Zwischen beiden findet sich ein prinzipieller Unterschied insofern, als die Hypothek ihrem Wesen nach der ihr zugrunde liegenden Forderung stets akzessorisch ist, während die Grundschuld abstrakten Charakter hat, so dass ihr Bestehen von der Existenz einer ihr zugrunde liegenden Forderung nach der dinglichen Seite hin unabhängig ist. Aus dem gültigen Bestehen einer Grundschuld kann man also noch nicht darauf schliessen, wie bei der Hypothek, dass ihr eine Forderung zugrunde liegt. Es wird zwar im Verkehr eine Grundschuld in den meisten Fällen zur Sicherung einer Forderung bestellt werden. Dann stehen aber das persönliche und das dingliche Recht in keinerlei Beziehungen. Die dingliche Belastung besteht ganz unabhängig neben der persönlichen Schuld. Würde die persönliche Forderung untergehen, so würde die Grundschuld, die für sie bestellt ist, unverändert für den dinglich Berechtigten weiter fortbestehen. „Das Verhältnis der Grundschuld zu der sie sichernden Forderung", um mit Fuchs[1]) zu reden, „ist das der Leistung zum rechtlichen Motive", während die Forderung bei der Hypothek zum Wesen und Inhalt der Hypothek gehört, die Hypothek mit der Forderung steht und fällt. In dem Falle nun, in welchem die Grundschuld zur Sicherung einer Forderung bestellt ist, heisst sie „valutierte Grundschuld". Hat jedoch der Grundschuldgläubiger an den Verpflichteten trotz der Erlangung des Grundpfandrechts kein Entgeld gezahlt, ist also eine

[1]) Fuchs, Grundbuchrecht.

persönliche Forderung nicht entstanden, so spricht man von einer „nichtvalutierten Grundschuld". In diesem Falle hat der Berechtigte ein absolutes Wertrecht erhalten, das in der dinglichen objektiven Haftung des Grundstücks, losgelöst von seinen sonstigen Rechtsbeziehungen, ihm gegenüber besteht. Der Berechtigte könnte also im Zwangsversteigerungsverfahren, wenn er voll zur Hebung kommt, den Betrag geltend machen und voll liquidieren.

§ 2.

In der Literatur ist nun, hervorgerufen durch die Entscheidung des RG Bd. 60 S. 251, ein lebhafter Streit darüber entbrannt, wem bei der Zwangsversteigerung der nicht liquidierte Betrag der Grundschuld zufallen soll. — Wenn auch die in Frage kommenden Darstellungen durchaus beachtenswert und fördernd sind, so ist doch ein gewisser Mangel der bisher erschienenen Darstellungen vor allem darin begründet, dass stets nur der Normalfall berücksichtigt worden ist, dass der Subhastat auch zugleich der Besteller der Grundschuld ist. Durch die Ausserachtlassung des sehr wichtigen Falles, dass nach erfolgter Eintragung der Grundschuld, aber vor der Zwangsversteigerung, das Eigentum an dem Grundstück auf einen anderen übergeht, entbehren die meisten Darstellungen der Vollständigkeit, vielfach auch der Klarheit. Meist finden wir den Besteller der Grundschuld als den Berechtigten angegeben, während dies nur der Fall ist, wenn eine Grundstücksveräusserung nicht stattgefunden hat. Häufig wird auch der Unterschied zwischen den durch die Eintragung der nicht valutierten und nicht liquidierten Grundschuld entstandenen persönlichen und dinglichen Berechtigungen übersehen.

Gegenstand und Ziel dieser Arbeit soll es nun sein, die aus der Nichtvalutierung sich ergebenden Berechtigungen vor allem unter Berücksichtigung des Falles darzulegen, dass der Grundschuldbesteller nach dem Entstehen der Grundschuld das Grundstück veräussert und dass es erst dann zur Zwangs-

versteigerung kommt. Erst so wird es möglich sein, die vorhandenen Zweifelsfragen grundsätzlich zu lösen. Weiterhin wird aber ein besonderer Teil unserer Ausführungen sich mit der Frage zu beschäftigen haben, welche verschiedenen Gestaltungen die Anspruchsberechtigungen annehmen werden, einmal, wenn der Grundschuldgläubiger den nicht valutierten Betrag liquidiert, sodann wenn er ihn vor oder nach dem Zuschlage nicht liquidiert.

Behandlung des Themas.

Erster Teil.

Die nicht valutierte Grundschuld vor der Zwangsversteigerung.

§ 3.

Wir haben bereits angedeutet, dass eine Grundschuld auch ohne zugrundeliegende Forderung gültig entsteht. Damit ist nun noch nicht entschieden, zu wessen Gunsten sie besteht. Diese Frage ist hier nun zunächst zu prüfen. Das Gesetz hat den Fall, wem bei mangelnder Forderung eine Grundschuld zusteht, nicht in den Vorschriften der für die Grundschuld geltenden §§ 1191 bis 1198 entschieden. Deshalb ist zu prüfen, ob vielleicht auf Grund der allgemeinen Regel des § 1192 Abs. 1 eine Vorschrift aus dem Hypothekenrecht entsprechend angewendet werden kann, aus der hervorgeht, wem die Grundschuld bei mangelnder Forderung zusteht. Hier kommt § 1163 Abs. 1 S. 1 in Betracht. Die Prüfung der Frage, ob diese Vorschrift hier entsprechend anwendbar ist, ist insofern von Wichtigkeit, als, wenn wir seine Anwendbarkeit annehmen, der Besteller der Grundschuld eine Eigentümergrundschuld erlangt hat. Eine Nichtliquidation seitens des im Grundbuch eingetragenen Grundschuldgläubigers würde in diesem Falle also bedeutungslos sein. Mit der Entscheidung dieser Frage wird aber auch gleichzeitig die von uns eben aufgeworfene Frage beantwortet, zu wessen Gunsten sie besteht.

§ 4.

Nach § 1163 Abs. 1 S. 1 steht eine Hypothek mangels Entstehens einer Forderung „dem Eigentümer“ zu. Die Rechtslage ist klar, wenn Hypothekenbesteller und derjenige Eigentümer, unter dessen Herrschaft das Nichtbestehen der Forderung zu

Tage tritt, dieselbe Person sind. Welchen Eigentümer meint aber das Gesetz im Falle einer nach der Bestellung erfolgenden Weiterveräusserung des Grundstücks? Versteht es unter „dem Eigentümer“ lediglich den Besteller oder den jeweiligen Eigentümer, also den Rechtsnachfolger des Bestellers? Hierüber besteht in der Literatur Streit. Das Gesetz spricht im Falle des § 1163 Abs. 1 S. 1 unseres Erachtens von demjenigen Eigentümer, der die Hypothek bestellt hat. Das RG[1]) vertritt denselben Standpunkt, weil der Zeitpunkt der Feststellung der Forderung vom Zufall abhängig sei. Es komme nicht auf die Zeit der Feststellung an, sondern vielmehr auf die Tatsache, dass die Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei. Deshalb sei massgebend der Zeitpunkt der Begründung der Hypothek. Zu diesem Ergebnis kommt auch die herrschende Meinung.[2]) Gegen diese Ansicht wenden sich insbesondere Reinhard[3]) und Böhm.[4]) Diese nehmen an, das Gesetz meine den Eigentümer, unter dessen Herrschaft das Nichtentstehen der Forderung zutage tritt. Reinhard sucht die Unhaltbarkeit der von uns vertretenen Meinung damit darzutun, dass dann dem Gesetz der Vorwurf der Ungenauigkeit zu machen sei. Denn das Gesetz würde hier eine Person als Eigentümer bezeichnen, die gar nicht mehr Eigentümer ist, während an anderen Stellen der gegenwärtige Eigentümer von dessen Rechtsvorgänger und dem persönlichen Schuldner, der als früherer Eigentümer die Hypothek bestellt habe, vom Gesetze scharf unterschieden werde. Gegen diesen Einwand, den auch Kretzschmar früher erhoben hatte, wendet sich mit Recht Jaeckel.[5]) Zwar spreche, so führt er aus, § 1163

---

[1]) Bd. 55 S. 220.

[2]) So vertreten diesen Standpunkt z. B. Planck S. 638 d; Staudinger S. 802; Biermann S. 371; Jaeckel ZBl. 6/7 S. 202; Fuchs S. 526; Oberneck, Grundbuchrecht II S. 42; auch Kretzschmar, der früher anderer Ansicht war, hat sich jetzt in diesem Sinne ausgesprochen ZBl. 7. September 1903 S. 195 ff.; Sachenrecht § 1163, 1 b.

[3]) Im Recht 1902 S. 32.

[4]) Im Recht 1901 S. 194.

[5]) Im ZBl. 1903 S. 279 ff.

Abs. 1 sowohl im Satz 1 wie im Satz 2 schlechthin vom „Eigentümer“. Der Wortlaut in beiden Fällen aber sei ein anderer und seine Bedeutung dürfe nicht übersehen werden, denn im Satz 1 „steht die Hypothek dem Eigentümer zu“, während im Satz 2 der Eigentümer sie „erwirbt“. Das RG[1]) fasst diese Gesetzesworte dahin auf, dass „Zustehen“ bedeute etwas, was der Berechtigte bereits habe, was ihm formell durch die Feststellung zufalle. Der Ausdruck „Erwerben“ bedeute dagegen, dass jemand etwas, was ihm weder materiell noch formell bisher zugestanden habe, erlange. Aus diesen Gründen ist der Vorwurf der Ungenauigkeit des Gesetzes, auch wenn man sich der vom RG vertretenen Auffassung anschliesst, nicht gerechtfertigt.

Weiterhin sucht Reinhard seinen Standpunkt aus der Entstehungsgeschichte des § 1163 zu begründen. Bei der Beratung zum E. I seien übereinstimmende Anträge dahingehend gestellt worden, dass die Hypothek auf den Eigentümer des belasteten Grundstücks übergehen sollte. Deshalb sei man jener Frage nicht näher getreten. Zwar gibt er zu, dass dieses Moment kein wesentliches Argument für die Richtigkeit seiner Ansicht abgebe, indessen meint er es doch berücksichtigen zu müssen. Auch dagegen wendet sich Jaeckel a. a. O. mit Recht. Er sagt, dass aus den Protokollen absolut nicht die Absicht der Kommission mit Bestimmtheit hervorgehe. Es hätten sich vielmehr in der Kommission zwei Parteien gebildet. Die eine sei für die akzessorische Natur der Hypothek in der Weise eingetreten, dass sie ein Fortbestehen der Hypothek nach Befriedigung des Gläubigers nur dann zuliess, wenn ihn der Eigentümer aus seinem sonstigen Vermögen, nicht aus dem Grundstücke, befriedigt hätte. Die andere Partei wollte ein Fortbestehen der Hypothek auch beim Fortfallen der persönlichen Forderung gelten lassen. Diejenige Frage, um die es sich hier handelt, trete ganz in den Hintergrund und wäre in zwei Sätzen abgetan worden. Aber auch diese beiden Sätze seien ihrer Fassung nach nicht so klar gehalten, dass sie zur Auslegung des Gesetzes herangezogen werden

[1]) Bd. 55 S. 220.

könnten. Mag man sich aber hinsichtlich der Protokolle in dem einen oder dem anderen Sinne entscheiden, von entscheidender Bedeutung würden sie nicht sein. Dieser Auffassung Jaeckels ist durchaus beizupflichten. Eine Stütze seiner Ansicht sucht Reinhard schliesslich im ZVG zu erblicken. Der E. I ZVG hatte im § 71 Abs. 1 folgende Bestimmung aufgeführt, die dem § 50 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes entspreche. „Ist ein Recht, welches bestehen bleibt, ein bedingtes, so erhöht sich für den Fall, dass das Recht durch den Ausfall oder die Erfüllung der Bedingung wegfällt, der durch Zahlung zu berichtigende Teil des Gebotes. Im Sinne dieser Vorschrift gilt eine Hypothek für eine Forderung von unbestimmtem Betrage als aufschiebend bedingt durch die Feststellung des Betrages. Die Vorschrift des § 69 Abs. I, 3 und des § 70 finden entsprechende Anwendung.“ Reinhard argumentiert nun folgendermassen: „Der zweite Satz kehre in den §§ 160 Abs. 2, 161 Abs. 3 des E. I wieder. Er sei zwar nicht in den § 50 des Gesetzes aufgenommen worden, wohl aber finde er sich unter den allgemeinen Bestimmungen im § 14. Wenn mithin, so folgert Reinhard, die Gesetzgebungskommission die Anwendung des § 50 auf eine Kautions-Hypothek im Sinne des § 1190 BGB vorgesehen habe, so müsse sie von der Auffassung ausgegangen sein, dass die Hypothek bei der Umwandlung in die Eigentümergrundschuld nicht schlechthin dem Subhastaten, sondern demjenigen zufalle, der zu dieser Zeit Eigentümer des Grundstücks sei. Dem ist aber folgendes entgegenzuhalten:

Mögen auch die drei Spezialbestimmungen des ersten Entwurfes ZVG, nämlich der §§ 71 Abs. 1, 160 Abs. 2 und 163 Abs. 3 die Kautionshypothek umfasst haben, so hat doch Reinhard nicht berücksichtigt, dass die Kommission für die zweite Lesung des BGB die Kautionshypothek der Verkehrsauffassung folgend als eine gewöhnliche Hypothek mit einem festen Höchstbetrage betrachtet hat und infolgedessen auch die Vorschriften der Eigentümerhypothek auf die Kautionshypothek für anwendbar erklärt hat (Prot. S. 685 bis 688). Wenn nun auch die drei Spezialbestimmungen des ersten Entwurfes ZVG die Kautions-

hypothek damaliger Konstruktion umfasst haben, so kann mit Rücksicht auf die Aenderung der juristischen Natur der Kautionshypothek ein gleiches nicht für den an die Stelle der Spezialvorschriften getretenen § 14 ZVG gelten. In diesem Sinne spricht sich auch Jaeckel a. a. O. aus.[1])

Zu demselben Ergebnis wie Reinhard kommt auch Böhm.[2]) Eine Begründung für seine Ansicht gibt Böhm jedoch nicht. Er schliesst sich nur im Ergebnis der von Reinhard vertretenen Meinung an. Dem Böhm tritt Lederle[3]) entgegen, aber ebenfalls ohne seine Ansicht zu begründen. Ein näheres Eingehen auf die Ausführungen dieser erübrigt sich daher.

Aus unseren Untersuchungen, wem die Hypothek bei fehlender Forderung im Falle eines Eigentumswechsels zusteht, geht demnach klar hervor, dass im § 1163 Abs. 1 S. 1 der Eigentümer z. Z. der Bestellung der Hypothek der Berechtigte ist. Kann diese Vorschrift nun aber gemäss § 1193 Abs. 1 auch auf die Grundschuld entsprechend angewendet werden?

§ 5.

Nach § 1192 Abs. 1 finden die Vorschriften der Hypothek nur insoweit entsprechende Anwendung, als sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschuld eine Forderung nicht

---

[1]) Abgesehen von dem im Text Gesagten ist doch darauf hinzuweisen, dass nicht genug betont werden kann, strengste Vorsicht zu üben bei Schlussfolgerungen aus dem ZVG im Verhältnis zum BGB. Dass die Gesetzgebungskommission überhaupt die Anwendung des § 50 auf eine Kautionshypothek im Sinne des § 1190 BGB vorgesehen hat, ergibt sich u. E. daraus, dass der zweite Satz des E. I § 71 Abs. 1 als Ersatz der Vorschriften des E. I §§ 160 Abs. 2, 161 Abs. 3 in § 14 des Gesetzes unter den allgemeinen Vorschriften eingestellt ist, nicht ohne weiteres. Die Ansicht der Gesetzgebungskommission musste sich durch die positiven Vorschriften des Gesetzes nachweisen lassen, was in diesem Falle nicht möglich ist. Man geht vielleicht nicht fehl, ein derartiges Verfahren der Schlussfolgerung aus den Vorarbeiten des ZVG auf die Gesetzesauslegung des BGB prinzipiell zu verwerfen.

[2]) Recht 1901 S. 194.

[3]) Recht 1901 S. 513.

voraussetzt. Ob nun § 1163 Abs. 1 S. 1 auch unter diese Vorschrift fällt, darüber herrscht in der Literatur ein sehr bekannter Streit.

Wenn wir uns bemühen, in das Wirrnis der aufgestellten Theorien Klarheit zu bringen, so werden wir am besten vorgehen, wenn wir zwei Gruppen bilden; die erste setzt sich zusammen aus Vertretern derjenigen Auffassung, die sich für die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 erklären, die der zweiten aber halten dies für unmöglich. Von den Vertretern der ersten Gruppe kommen alle zu dem obengenannten Ergebnis, wenn auch auf ganz verschiedenen Wegen, mit durchaus differierenden Begründungen. Die zweite Gruppe setzt sich vor allem aus denjenigen Schriftstellern zusammen, die sich die Auffassung des RG in der berühmten Entscheidung Bd. 60 S. 254 zu eigen gemacht haben. Wir werden uns im folgenden mit den mannigfachen Ansichten abzufinden und zu ihnen Stellung zu nehmen haben; es sind daher zunächst die Ansichten der Vertreter der ersten Gruppe zu erörtern.

§ 6.

Jaeckel[1]) nimmt an, dass die Vorschrift auf die Grundschuld angewendet werden müsse, wenn die Grundschuld durch den Willen der Parteien mit einer Forderung in Verbindung gebracht worden sei. Jaeckel unterscheidet unter den für die Hypothek geltenden Vorschriften zwei Arten: einmal solche, die begrifflich nur bei der Hypothek vorkommen könnten, z. B. diejenigen, die den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch auf die Forderung erstreckten, und solche Vorschriften, deren entsprechende Anwendung auf die Grundschuld an sich möglich sei, weil die Parteien die Grundschuld zur Forderung in dieselbe Rechtsbeziehung gebracht hätten, wie das Gesetz die Hypothek mit einer Forderung verbunden hätte. Bei letzteren müsse geprüft werden, ob ihre Anwendung „durch die Gleichartigkeit des

[1]) Bei Gruchot Bd. 50 S. 604.

Rechtsverhältnisses geboten erscheine". Ihre Anwendung erfolge dann im Wege der Gesetzesanalogie. Zu diesen Vorschriften zählt Jaeckel auch § 1163 Abs. 1 S. 1. Er stützt seine Meinung insbesondere auf die Motive.[1])

Der Ansicht Jaeckels ist entgegenzutreten. Die Grundschuld ist, wie oben ausgeführt, eine abstrakte Grundstücksbelastung und es würde gerade dem Wesen der Grundschuld widersprechen, wollte man sie in irgend eine hypothekenähnliche Abhängigkeit von der Forderung bringen. Vielmehr darf dem rechtlichen Willen der Parteien ein Einfluss auf die juristische Konstruktion der Grundschuld nicht eingeräumt werden. Es ist unmöglich, die Forderung zu einem integrierenden Bestandteil der Grundschuld zu machen. Der Begriff der Grundschuld lässt nur eine Interpretation des § 1192 Abs. 1 zu: Die Vorschriften über die Hypothek finden entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, dass die Grundschuld von Gesetzes wegen nicht eine Forderung voraussetzt. Hypothek und Grundschuld sind insofern streng zu scheiden. Wenn nun Jaeckel sagt, dass Hypothekenvorschriften auch dann auf die Grundschuld anwendbar sind, wenn die Parteien die Grundschuld zur Forderung in dieselbe Rechtsbeziehung gebracht haben, wie das Gesetz die Forderung mit der Hypothek verbindet, so ist das deshalb unzutreffend, weil der Wille der Parteien (nach Jaeckel: „das in Rechtsbeziehung bringen von Grundschuld und Forderung") für die Frage der Anwendung von Hypothekengrundsätzen auf die Grundschuld, wie oben ausgeführt, nicht entscheidend sein darf. Man würde sonst zu einem Zwitterinstitut von Grundschuld und Hypothek kommen, das zwar an

---

[1]) Bd. 3 S. 781. Hier heisst es nämlich folgendermassen: Der Gesetzgeber könnte darauf vertrauen, dass die Praxis das Richtige finden werde. Es müssten diejenigen Vorschriften auf die Grundschuld angewendet werden, die nicht auf der Voraussetzung einer persönlichen Schuld beruhten. Es fänden sich aber auch Bestimmungen, die zwar auch auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt seien, die aber nur als Folgerungen aus allgemeineren Prinzipien angesehen werden könnten und deshalb auch für die Grundschuld gelten müssten.

sich nach Grundschuldsätzen, wegen des in concreto aber geäusserten Willens der Parteien nach Hypothekenvorschriften zu behandeln sein würde. Ein solches ist aber dem BGB unbekannt, jedenfalls lässt sich keinerlei Anhalt aus dem Gesetz für die Zulässigkeit einer solchen Auffassung finden, da es nur die sich im Prinzip ausschliessenden Rechtsbildungen der Grundschuld und Hypothek ohne Zwischenbildungen kennt. Wenn sich übrigens Jaeckel bei seinen Erörterungen mit erheblichem Nachdruck auf die Motive stützt, so ist gerade bei vorliegender Erörterung darauf hinzuweisen, dass nach bekannter Regel Vorarbeiten zu einem Gesetze niemals einen Beweis liefern können, dass der Gesetzgeber im Gesetze das zum Ausdruck bringen wollte, was er in den vorbereitenden Schriften vielleicht nur erwogen hat. Solche Vorarbeiten könnten allenfalls gewissermassen einen Stützpfeiler abgeben für einen anderen selbständigen Beweis, niemals aber etwas allein beweisen. Aus diesen Gründen folgen wir der Ansicht Jaeckels von der Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld nicht.

§ 7.

Zu demselben Resultate, wie Jaeckel, wenn auch mit anderer Begründung, kommt Güthe.[1]) Dieser bejaht in seiner ausführlichen Abhandlung die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf Grundschulden und zwar kommt er zu diesem Ergebnis, indem er nachzuweisen sucht, dass § 1163 Abs. 1 S. 1 eine Forderung nicht voraussetzt. Diesen Schluss zieht er einmal daraus, dass zur Entstehung des Gläubigerrechts nur Einigung und Eintragung, eventuell Briefübergabe erforderlich sei. Sodann daraus, dass § 1113 Abs. 2 ausdrücklich die Bestellung einer Hypothek für künftige oder bedingte — also z. Z. noch nicht existierende — Forderungen zulasse. Unseres Erachtens spricht aber gerade die ausdrückliche Erwähnung der Möglichkeit, auch für künftige Forderungen Hypotheken zu bestellen, dafür, dass

[1]) DJZ 1908 S. 929.

eine Hypothekenbestellung regelmässig eine bestehende Forderung verlangt. Wenn dann Güthe weiterhin aus der Ausdehnung des § 892 auf die persönliche Forderung gemäss § 1138 die Möglichkeit einer fehlenden Forderung folgert, so kann uns auch diese ausnahmsweise im Interesse der Verkehrssicherheit geschaffene Vorschrift nicht davon überzeugen, dass nicht für den Regelfall die Hypothek das Bestehen einer persönlichen Forderung erfordert. Auch besteht ja die theoretische Möglichkeit, den guten Glauben des Hypothekenerwerbers gemäss § 1138 zu schützen nur darin, dass das Gesetz die Forderung fingiert, und diese Fiktion durch das Gesetz erscheint uns, im Gegensatz zu Güthes Ansicht, durchaus nicht gleichgültig. Schliesslich vermag auch der Umstand, dass bei Sicherungshypotheken das Recht des Gläubigers sich nur nach der Forderung richtet und die Anwendbarkeit des § 1138 ausgeschlossen ist, nicht darzutun, dass die nicht so strenge Regelung des akzessorischen Verhältnisses bei der gewöhnlichen Hypothek seinen Grund darin hat, dass diese eine Forderung nicht voraussetzt. Unseres Erachtens ergibt sich die Vorschrift des § 1185 Abs. 2, wonach die Anwendbarkeit des § 1138 ausgeschlossen ist, aus der wirtschaftlichen Erwägung, dass die Sicherungshypotheken nur für eine beschränkte Zeit geschaffen sind, nur zur Sicherung eines gewöhnlich in kürzerer Zeit fällig werdenden Anspruches dienen sollen. Unser Standpunkt zwingt uns auch nicht, die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 S. 1 aus Zweckmässigkeitsgründen zu erklären, wie es Güthe notwendigerweise tun muss. Im Gegensatz zu der von diesem vertretenen Ansicht werden wir daher gegen die Anwendung des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf Grundschulden berechtigte Bedenken haben, da § 1163 Abs. 1 S. 1 eben eine Forderung voraussetzt.

§ 8.

Oberneck[1]) kommt im Gegensatz zu seiner früheren Ueberzeugung,[2]) nach der die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1

[1]) Grundbuchrecht II S. 469.

[2]) Gruchot Bd. 50 S. 575.

auf die Grundschuld von ihm abgelehnt wurde, zu derselben Ansicht. Er stellt die Behauptung auf, dass alle Vorschriften über die Hypothek auch für die Grundschuld gelten, auch wenn sie auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt seien, sofern sie sich nur aus allgemeinen sachenrechtlichen Prinzipien ergeben. Das Prinzip selbst sei ein rein sachenrechtliches, unabhängig von der Forderung. Er vertritt die Ansicht, dass § 1163 nicht eine Regelung der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung bezwecke, sondern den sachenrechtlichen Grundsatz „von der Ausschliessung des Vorrückens der gleich- oder nachstehenden Realgläubiger enthalte". § 1163 Abs. 1 S. 1 habe dieses Prinzip deshalb auf den darin enthaltenen Tatbestand angewandt, weil bei der Hypothek der Gläubiger durch die Beziehung zur Forderung legitimiert werde. Wenn man die Bestimmung des § 1163 Abs. 1 S. 1 in diesem Sinne auffasse, dass darin das genannte Prinzip, das von der Forderung völlig unabhängig sei, zum Ausdruck komme, so müsse man notwendigerweise auch § 1163 Abs. 1 S. 1 entsprechend auf die Grundschuld anwenden. Aber diese Erwägungen Obernecks scheinen uns nicht haltbar zu sein. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Behauptung Obernecks, dass Hypothekenvorschriften, auch wenn sie auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt sind, Anwendung finden, sofern sie nur allgemeingültige sachenrechtliche Prinzipien enthalten, richtig ist.

Das Prinzip, das hier zum Ausdrucke kommen soll, ist das von Oberneck selbst (II S. 13 ff.) so bezeichnete Prinzip des festen Ranges und die damit im Zusammenhang stehende sogenannte Wertteilstheorie. Oberneck sieht bekanntlich in jeder Grundstücksbelastung einen Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem anderen Teile, durch den „diesem in Form der Belastung des ganzen Grundstücks eine durch den Rang der Eintragung im Grundbuche genau bestimmte Geldquote, welche evtl. im Zwangsversteigerungsverfahren liquide gestellt wird, behufs Befriedigung einer bestimmten Geldsumme angewiesen wird". Bei der Eintragung einer solchen Belastung, mag sie Hypothek oder Grundschuld sein, werde gemäss Parteivereinbarung

durch die Rangstellung ein ganz bestimmter Wertteil zur Befriedigung bestimmt. Dieser Wertteil bestände so fest und unverrückbar, dass ein etwaiger Fortfall eines im Range vorgehenden Berechtigten keinesfalls den Nachstehenden ein Recht aufzurücken gebe. Vielmehr erhalte hier der Eigentümer eine Eigentümerhypothek, „die sich als die aus dem Eigentumsrecht fliessende Befugnis des Eigentümers darstellt, über den zugunsten eines anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstücks zu verfügen". Dieses Prinzip entspreche bei weitem der Verkehrsauffassung. Denn ein im Range nachstehender Hypothekengläubiger würde naturgemäss einen höheren Zinssatz oder ein damno verlangen. Wenn nun die vorstehende Hypothek wegfiele, so würde er hierdurch einen unverhofften Vorteil erlangen, wenn aber die nachstehenden Hypotheken die Möglichkeit hätten, vorzurücken, so würden sie höher eingeschätzt werden. So könne das Hypothekengeschäft zu einem Spekulationsgeschäft werden. Aus diesen praktischen Erwägungen heraus verlangt Oberneck für den Hypothekenverkehr feste Grössen, die nicht durch das Erlöschen einer vorstehenden Post ihre Stellung änderten. — Jeder Hypothekengläubiger habe also nicht ein Recht am ganzen Grundstück, sondern er sei nur auf eine bestimmte Wertquote angewiesen. Diese Wertquote werde bestimmt durch die Differenz zwischen dem Erlöse einerseits und den Werten der in das geringste Gebot fallenden Hypothek, den Kosten des Verfahrens und den unter § 101—103 ZVG festgesetzten Ansprüchen andererseits. Nur insofern könne der einzelne Realberechtigte auf das ganze Grundstück einwirken, als er durch seinen Antrag das Grundstück zum Zwangsverkauf bringen könne. Er für sich könne aber Zahlung aus dem Grundstück nur soweit verlangen, als „sein Wert durch den Zwangsverkauf sich realisiert". Nur dieser Wert sei „der juristische Gegenstand des Hypothekenrechts". Diese Folgerung zieht Oberneck aus der Legaldefinition für die Hypothek im § 1113 Abs. 1, indem er die Worte „aus dem Grundstück zahlen" in der oben genannten Weise interpretiert.

Die herrschende Meinung hat sich mit Recht gegen diese Theorie ausgesprochen. Es haftet einem jeden Hypothekengläubiger nicht ein bestimmter Wertteil, sondern das ganze Grundstück. Denn wenn es im § 1113 Abs. 1 und § 1191 Abs. 1 heisst: Ein „Grundstück" kann belastet werden, so ist damit das ganze Grundstück gemeint. Und zwar ist das ganze Grundstück nicht nur, wie Oberneck meint, insofern belastet, als der Realgläubiger das dingliche Verkaufsrecht in Ansehung des ganzen Grundstücks hat. Vielmehr hat jeder Hypothekengläubiger einen Anspruch in Ansehung des ganzen Grundstücks.

Ferner aber ist es unrichtig, von einem „Wertaneignungsrecht" zu sprechen. Denn dieser Begriff ist kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher, der im bürgerlichen Recht nur als Massstab für das Leistungsobjekt in Frage kommen kann, wie z. B. beim Schadensersatz.[1])

Mit Recht hält fernerhin Dernburg[2]) den Oberneckschen Theorien entgegen, dass ein Grundstück doch auch dann mit einer Hypothek belastet werden könne, wenn der Grundstückswert bereits erschöpft sei. Hiergegen wendet Oberneck a. a. O. S. 21 ein, dass im Verkehrsleben der Wert einer Sache stets wechsele. Es könne auch die erste Hypothek gefährdet werden, wenn der Grundstückswert stark sinken sollte. Durch den Vertrag werde angenommen, dass ein ausreichender Wert vorhanden sei. Auf den objektiven Wert dagegen komme es nicht an.

Unseres Erachtens hat Oberneck damit Dernburgs Einwendung nicht entkräftet. Wenn man auf dem Standpunkte seiner Wertteilstheorie stände, so müsste man u. E. auch diejenigen Hypotheken, die den Wert übersteigen, als nichtig ansehen. Denn wenn man sich einigt über ein Bekommensollen aus dem Grundstück hinsichtlich eines Wertteils, der in Wirklichkeit gar nicht existiert, so muss dieser Vertrag als auf eine unmögliche Leistung

---

[1]) Hirsch, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 232; Goldschmidt, ebenda Bd. 20 S. 32.

[2]) Sachenrecht S. 690.

gerichtet, nichtig sein. „Wie kann die Wirklichkeit durch eine ihr zuwiderlaufende Vereinbarung ersetzt werden?“ so fragt Predari.[1]) Kommt das Grundstück zur Zwangsversteigerung und der Erlös reicht für den Wertteil des letzten Hypothekars nicht aus, so fällt er eben aus. Daran ändert sein Vertrag nichts.

Wenn Oberneck dagegen ins Feld führt, dass der Grundstückswert sich ja nach dem Vertrage bessern, die Unmöglichkeit also behoben werden könne und dass damit evtl. der Hypothekenerwerber rechnen könne, so steht das in argem Widerspruch mit dem Einwand der Spekulation, den Oberneck seinen Gegnern entgegenhält. Braucht nämlich nach den Obernecksschen Theorien der Hypothekenerwerber nur damit zu rechnen, dass z. Z. des Zwangsverkaufs der vertraglich vereinbarte Hypothekenwert vorhanden ist, unbekümmert darum, ob derselbe bereits z. Z. der Hypothekenbestellung objektiv vorhanden war, so ist hierin nichts anderes als ein verkapptes Spekulationsgeschäft zu sehen, da sich der Hypothekenerwerber durch vorteilhafte Zahlungsbedingungen erhöhten Zinssatz usw. zu sichern veranlasst sehen wird und damit momentan Gegenwerte erhält, die sich wirtschaftlich als Spekulation darstellen. Oberneck[2]) selbst spricht sich aber bei der Darlegung des Prinzips vom festen Range entschieden gegen die Tendenz derartiger Spekulationsgeschäfte im Hypothekenverkehr aus und verlangt, dass der Hypothekenverkehr gerade mit festen Grössen rechnen solle. Wenn er dann bei der Wertteilstheorie[3]) ausdrücklich betont, der Wert einer Sache unterliege der freien Vereinbarung der Beteiligten und der subjektive Wert, nicht der objektive, sei bei Hypothekenbestellungen der allein entscheidende, so steht dies zweifellos im Widerspruch zu seiner Auffassung über die Spekulationstendenz im Hypothekenverkehr. Jedenfalls zeigt sich in diesen Ausführungen Obernecks, dass er in letzter Linie ein und dieselbe Theorie — er sieht selbst in der Wertteilstheorie nur die Folgerung der Theorie vom festen

---

[1]) ZBl. 13 S. 508.
[2]) a. a. O. S. 18.
[3]) a. a. O. S. 21.

Rang — keineswegs mit in sich geschlossenen Argumenten stützt, Grund genug, die theoretischen Erwägungen abzulehnen.

Als weiterer Beweis für die Unhaltbarkeit der Oberneckschen Theorien soll noch angeführt werden, dass es ja im BGB tatsächlich Vorschriften gibt, auf Grund deren mit Rechtsnotwendigkeit die nachstehenden Realgläubiger vorrücken, so z. B. das Verbot des Einrückens des Eigentümers in eine ungültige Post.

Zum Beweise endlich für die Richtigkeit der Auffassung, dass die Oberneckschen Theorien im Gesetz keinen Ausdruck finden sollten, sei noch kurz auf die Vorarbeiten zum BGB hingewiesen. Im E I § 1102 war bestimmt, dass an die Stelle einer erloschenen Hypothek eine andere nicht eingetragen werden dürfe. Diese Bestimmung strich man nachher, weil sie eine selbstverständliche Konsequenz des Aufrückens der Nachrealgläubiger sei[1]).

Aus diesen Gründen sind die Oberneckschen Theorien des festen Ranges und der Wertteilstheorie abzulehnen. Daher ist es unmöglich, aus diesen Gesichtspunkten heraus die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld entsprechend anzuwenden.

§ 9.

Zu derselben Ansicht wie die obengenannten Schriftsteller kommt auch Kindel.[2]) Er gibt zu, dass § 1163 Abs. 1 S. 1 nicht angewandt werden könne, wenn man den Grundschuldbegriff so auffassen wollte, wie es allgemein getan wird, nämlich, wenn man die Grundschuld so von der persönlichen Forderung löst, dass man sie als Sachhaftung ohne Forderung bezeichnen könnte. Diese Auffassung von der Grundschuld ist nach Kindels Ansicht vielmehr irrig. Man müsse sich nach seiner Meinung die Grundschuld als „ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungs-

---

[1]) P. Bd. 3 S. 614 ff.

[2]) a. a. O. S. 108.

recht" vorstellen. Und dadurch unterscheide sich die Grundschuld eben von der Hypothek, dass bei dieser auch eine Vermögenshaftung existiere und eingetragen sei. Wenn sich aber bei der Hypothek Vermögens- und Sachhaftung unterscheiden lasse, so meint Kindel, könne die Anwendbarkeit von Vorschriften der Hypothek, die sich nur mit der Sachhaftung befassen, nicht ausser Frage gestellt werden. Das lasse sich nach Kindel aber von § 1163 Abs. 1 S. 1 behaupten, der eine Vermögenshaftung nicht in betracht ziehe. Dem ist nicht beizupflichten.

Zunächst übersieht Kindel, dass bei der Grundschuld das Forderungsrecht, das seiner Meinung nach allein durch Sachhaftung gedeckt sei, ein anderes, als das der Hypothek zugrunde liegende, ist, da ersteres sich als ein aus dem dinglichen Recht ergebendes abstraktes Forderungsrecht darstellt, letzteres ein rein obligatorisches Forderungsrecht ist, an dessen Seite die Hypothek tritt. Mit anderen Worten, beide Forderungsrechte sind nicht identisch mit einander.

Ferner ist aber tatsächlich unrichtig, dass die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 S. 1 sich nur mit der Sachhaftung befasse. Zwar sagt sie etwas über das Schicksal der Sachhaftung, indem sie eine Eigentümerhypothek entstehen lässt, aber sie trifft diese Bestimmung nicht allein aus der Natur der Hypothek als eines durch die Sachhaftung gedeckten Forderungsrechts, sondern nur in Rücksicht auf die notwendigerweise bei der Hypothek zu gleicher Zeit vorhandene Vermögenshaftung.

Damit fällt die Konsequenz, die Kindel aus seiner Ansicht zieht, nämlich die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld, in sich zusammen.

§ 10.

Auch Hachenburg[1]) will diese Vorschrift auf die Grundschuld entsprechend angewendet wissen. Er wirft dem Reichsgerichte Inkonsequenz vor, wenn es trotz gleicher Behandlung

[1]) DJZ 1906 S. 297.

des Erlöschens und Nichtentstehens von Forderungen bei Hypotheken für den Fall, dass eine Grundschuld mit einer Forderung verbunden sei, für die Zahlung der Grundschuld Eigentümergrundschuld annehme,[1]) für den Fall der Nichtvalutierung der Grundschuld aber die nachstehenden Gläubiger aufrücken lasse. Abgesehen davon, dass Hachenburg übersieht, dass die in Vergleich gezogene Reichsgerichtsentscheidung (S. 247 bis 251) sich auf die für das BGB nicht verwertbaren Bestimmungen des PrEEG stützt, lassen sich gegen seine Auffassung auch die bereits ausführlich erwähnten Argumente anführen, dass selbst bei einer mit Forderung verbundenen Grundschuld die Anwendung des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld ausgeschlossen ist.

Dies sind die Hauptvertreter derjenigen Gruppe, die § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld entsprechend anwenden wollen. Diesen stehen diejenigen gegenüber, die eine entsprechende Anwendung nicht zulassen. Ihnen schliessen auch wir uns an.[2])

§ 11.

Die letztgenannte Gruppe will nun die betreffende Vorschrift auf die Grundschuld nicht anwenden, geht aber auf die hier zu behandelnde Frage nicht näher ein. So z. B. wird die Bestimmung unter den nach § 1192 anwendbaren Vorschriften aufgezählt, ohne dass der Verfasser seinen Standpunkt begründet.

Weshalb wir § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld nicht entsprechend anwenden wollen, haben wir bei der Widerlegung der Vertreter der gegenteiligen Ansicht dargetan, hier soll nur noch folgendes hinzugefügt werden:

---

[1]) cf. Urteil desselben Senates vom gleichen Tage Bd. 60 S. 251.

[2]) In erster Reihe wird diese Ansicht vertreten von: RG Bd. 60 S. 25; Planck S. 729 d; Fuchs S. 654; Staudinger S. 914; Biermann S. 422, 1; Turnau-Förster S. 1067; BGB von Reichsgerichtsräten S. 1143; Bruck S. 174; Neumann, Komment. zu § 1163 B. 1 und § 1192, 1; du Chesne, Rechtspflege in Bayern S. 257.

Natürlich kann nur aus dem Grunde, dass § 1163 Abs. 1 S. 1 der Existenz einer Forderung überhaupt Erwähnung tut, seine Anwendbarkeit auf die Grundschuld nicht ausgeschlossen werden.[1]) Vielmehr ist die Entscheidung zu suchen in der rechtlichen Natur der Hypothek und der Grundschuld.

Eine Hypothek soll nur dann entstehen und nur solange bestehen, als ihr eine Forderung zugrunde liegt. Die Forderung bildet einen wesentlichen Bestandteil der Hypothek, so dass sie ohne Zerstörung der Hypothek von ihr nicht getrennt werden kann. Dieser Erwägung will auch § 1163 Abs. 1 S. 1 Rechnung tragen. Denn hier hat die Eigentümerhypothek, die sich gemäss § 1177 in eine Eigentümergrundschuld umwandelt, ihren Grund in der Nichtentstehung der Forderung. Das ist aber bei einer Grundschuld völlig ausgeschlossen. Diese kann wohl wirtschaftlich von einer Forderung abhängig sein und wird es auch in den meisten Fällen sein. Aber rechtlich führen Forderung und Grundschuld ein getrenntes Dasein, so dass jene untergehen, diese aber bestehen kann. Daher ist es unmöglich, eine dingliche Rechtsänderung für den Fall eintreten zu lassen, dass eine etwa zugrunde liegende Forderung nicht entsteht.

§ 1163 Abs. 1 S. 1 kann mithin auf die Grundschuld nicht angewendet werden. Der Vorwurf der Wortinterpretation, den Dernburg[2]) dem RG. und damit indirekt auch uns macht, ist demnach ungerechtfertigt.

Auch Landsberg[3]) kommt im Resultate zu unserer Ansicht, wenn auch seiner Begründung, dass die in § 1169 gegebene Vorschrift die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 ausschliesse, nicht gebilligt werden darf. Warum kann dem Berechtigten neben einem dinglichen nicht auch ein obligatorischer Anspruch gegeben werden, zumal in manchen Fällen, insbesondere beim Eigentumswechsel, Eigentümer und Einredeberechtigte verschiedene

---

[1]) Hierauf weist Landsberg a. a. O. mit Recht hin.

[2]) a. a. O. S. 824.

[3]) a. a. O. S. 78.

Personen sein können? Aus der Natur der Grundschuld, als einer abstrakten Grundbelastung lässt sich ein Grund dafür nicht finden.

Mit dieser Auffassung steht auch die Stellung, die der Entwurf der Redaktionskommission zu § 1163 Abs. 1 S. 1 genommen hat, im Einklang. Hier steht nämlich die Grundschuld an erster Stelle. Eine Vorschrift des Inhaltes, dass beim Nichtentstehen der Forderung die Hypothek dem Eigentümer zustehe, findet sich nicht.

Aus diesen Ausführungen geht aber klar hervor, dass § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld nicht angewendet werden darf. Die Grundschuld steht also dem im Grundbuch eingetragenen Berechtigten, nicht dem Grundschuldbesteller zu. Das Fehlen einer persönlichen Forderung übt also auf das gültige Bestehen der Grundschuld zugunsten des Grundschuldgläubigers keinen Einfluss aus. Stimmt nun mit der dinglichen Rechtslage aber auch die persönliche überein?

§ 12.

Durch die Bestellung der Grundschuld ist der Berechtigte um dieses Recht bereichert. Dieses wird ihm aber in den meisten Fällen nicht gegeben worden sein, ohne Rücksicht auf einen zu leistenden Gegenwert, sondern in der Erwartung, dass von ihm aus eine Leistung in Zukunft in Höhe der Grundschuld erbracht werde. Solange diese Leistung nicht erbracht ist, besteht eine wirtschaftliche Differenz in den Vermögensbeziehungen beider Personen, die das Recht nicht unbeachtet lassen kann. Die Ausgleichung dieser Differenz erfolgt durch die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB). Es wird also das, was durch die dingliche Rechtslage nicht erreicht ist, durch die obligatorischen Rechtsbeziehungen durchgesetzt. Ist nämlich auch eine Forderung für das Entstehen der Grundschuld nicht von Bedeutung, so bildet sie doch das Motiv für die Bestellung der Grundschuld. Da aber das Bestellen einer Grund-

schuld als eines selbständigen Vermögenswertes sich rechtlich als eine Leistung qualifiziert, so muss, wenn die Forderung, also der rechtliche Grund, nicht vorhanden ist und der Grundschuldgläubiger auf Kosten des Bestellers ein Recht erlangt hat, diesem ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben sein. In einzelnen Fällen allerdings kann dieser Anspruch ausgeschlossen sein, nämlich dann, wenn die Einräumung des dinglichen Rechtes zugunsten eines anderen ohne Rücksicht darauf gewollt ist, dass dieser eine Leistung erlangen soll, deren Rückforderung das dingliche Recht sichern soll. Die Grundschuld würde in einem solchen Falle animo donandi bestellt sein. Dies wird sich aber nur in Ausnahmefällen ereignen. In der Regel[1]) wird eine nichtvalutierte Grundschuld von dem Grundeigentümer zugunsten eines anderen eingetragen werden, im Hinblick darauf, dass dieser künftig die Valuta zahlt.

Nur dieser Fall kann daher in Rücksicht gezogen werden.[2])

§ 13.

Es fragt sich aber nun: wie macht der Besteller seinen Anspruch auf „Herausgabe" praktisch am besten geltend? Der Besteller der Grundschuld, wenn er z. Z. der Anspruchserhebung noch Grundstückseigentümer ist, kann seinen Anspruch durch einen Antrag auf Löschung der Grundschuld im Grundbuche durchsetzen. Hierdurch wird ihm allerdings wenig geholfen sein. Denn da der Nachhypothekar in die getilgte Post einrückt, verliert der Eigentümer die Verfügungsmacht über diese Stelle.

---

[1]) Jedenfalls wird im wirtschaftlichen Leben dieser Fall die Hauptrolle spielen und der Fall schenkungshalber erfolgter Grundstücksbelastung eine Seltenheit sein.

[2]) Dieser Ansicht sind auch Kretzschmar, Sachenrecht S. 690; Fuchs S. 654, S. 520 zu a; BGB von Reichsgerichtsräten S. 1141; Nissen S. 803; Turnau-Förster S. 1064; Biermann S. 421; Eccius S. 162; Denkschrift S. 144 u. a.

Besser gestellt ist der Besteller, wenn er den Verzicht auf die Grundschuld verlangt. Dadurch würde er nach § 1168 in Verbindung mit § 1192 BGB eine Eigentümergrundschuld erwerben.

Ferner kann der Besteller der Grundschuld der Klage des Gläubigers mit einer Einrede entgegentreten.

Diese drei Rechtsbehelfe werden dem Besteller aber nicht in allen Fällen nützen. Denn verlangt er den Verzicht, nachdem ein Eigentumswechsel am Grundstück stattgefunden hat, so erwirbt die Eigentümergrundschuld nicht er, sondern derjenige, der das Eigentum am Grundstück z. Z. der Abgabe der Verzichtserklärung hat. Der Besteller würde dann also nicht zu seinem Ziele kommen. Ebenso fällt auch notwendigerweise der Anspruch auf Löschung der Grundschuld und die einredeweise Geltendmachung seines Rechts gegenüber der Klage des Gläubigers fort.

Am besten wird dem Besteller aber geholfen sein, wenn er vom Grundschuldgläubiger Abtretung der Grundschuld verlangt. Mit der Abtretung der Grundschuld würde er dann eine Eigentümergrundschuld erlangen, die sich natürlich bei einem etwaigen Eigentumswechsel in eine Fremdgrundschuld zu seinen Gunsten verwandeln würde. Dieser Anspruch wird hier, da wir die nicht valutierte Grundschuld unter der Voraussetzung, dass ein Eigentumswechsel stattfindet, untersuchen, dem Besteller allein nützlich sein. Er steht aber nur demjenigen Eigentümer zu, der die Grundschuld bestellt hat, nicht etwa dem Grundstückserwerber. Dieser könnte Abtretung der Grundschuld nur nach Massgabe eines besonderen Vertrages mit dem Veräusserer verlangen.

Die Folgen der Nichtvalutierung der Grundschuld sind also im vorliegenden Falle nicht das Entstehen einer Eigentümergrundschuld für den Besteller, wohl aber eines obligatorischen Rechts des Bestellers gegen den Grundschuldgläubiger auf Abtretung der Grundschuld.

§ 14.

Bei der Untersuchung der Frage der ungerechtfertigten Bereichernng ist aber auch § 819 BGB zu berücksichtigen. Nach der Vorschrift dieses Paragraphen kommt es nicht darauf an, dass der Bereicherte im Augenblick der Rechtshängigkeit des Anspruchs noch wirklich bereichert ist, sondern es ist eine Bereicherung selbst dann anzunehmen, wenn der Empfänger z. Z. gar nicht mehr bereichert sein sollte, sofern er nur beim Empfange den Mangel des rechtlichen Grundes gekannt hat. Die Erfordernisse des § 819 sind jedenfalls gegeben, insbesondere kennt der Grundschuldgläubiger den Mangel des rechtlichen Grundes, wenn er weiss, dass die Grundschuld nicht valutiert ist. Wenn also ein Anspruch auf Abtretung praktisch nicht geltend zu machen wäre, weil z. B. die Grundschuld dem Grundschuldgläubiger nicht mehr zusteht und insofern zurzeit eine Bereicherung nicht mehr vorliegt, würde der Grundschuldgläubiger gleichwohl zum Geldersatz des Grundschuldwertes dem Besteller gegenüber verpflichtet sein. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 2.

Zweiter Teil.

Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung.

Wir haben bisher die juristische Natur der nicht valutierten Grundschuld und die sich aus der Eintragung derselben ergebenden Ansprüche betrachtet. Es ist nun noch darzulegen, wie sich die Rechtsbeziehungen darstellen, wenn über das Grundstück das Zwangsversteigerungsverfahren eröffnet wird. Hier kann sich der Grundschuldgläubiger in doppelter Weise verhalten.

§ 15.

Wie wir oben gesehen haben, kann er den Betrag, wenn er zur Hebung kommt, liquidieren. Daraus folgt jedoch noch

nicht, dass er die liquidierte Summe auch endgültig für sich behalten darf. Denn, wie oben dargelegt, ist er durch die Eintragung der nicht valutierten Grundschuld ungerechtfertigt bereichert. Diese ungerechtfertigte Bereicherung besteht in dem Erlangen eines abstrakten Wertrechtes. Durch die Erklärung der Liquidation wandelt sich das absolute Wertrecht in die an den Berechtigten zur Verteilung gelangende Wertquote um. Diese ist umsomehr als Surrogat Gegenstand der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Grundschuldgläubiger ist also dem Besteller zur Herausgabe desjenigen verpflichtet, was er im Termin zur Verteilung des Erlöses erlangt hat.

§ 16.

Es ist andererseits auch der Fall denkbar, dass der Grundschuldgläubiger erklärt, er liquidiere den Betrag nicht. Eine solche Erklärung kann von dem Berechtigten mit rechtlicher Wirksamkeit nur dann abgegeben werden, wenn das Zwangsversteigerungsverfahren auf Antrag eines dem Grundschuldgläubiger nachstehenden dinglich Berechtigten eingeleitet ist. Denn da die Grundschuld in einem solchen Falle mit Rücksicht auf die Vorschriften über das geringste Gebot bestehen bleibt, würde die formlose Erklärung, nicht liquidieren zu wollen, juristisch ohne Bedeutung sein. Wollte der Grundschuldgläubiger seine Berechtigung aufgeben, so müsste er den Verzicht in einer den Vorschriften der §§ 1168 Abs. 2, 1192 Abs. 1 genügenden Weise dem Grundbuchamte oder dem Eigentümer gegenüber erklären, wodurch dann der Eigentümer nach §§ 1168 Abs. 1 und 1192 Abs. 1 eine Eigentümergrundschuld erwerben würde, oder der Grundschuldgläubiger müsste die Grundschuld dem Besteller abtreten.

Wie gestalten sich nun aber die Rechtsverhältnisse, wenn das Zwangsversteigerungsverfahren auf Antrag eines dem Grundschuldgläubiger vorgehenden dinglich Berechtigten eingeleitet wird, die Grundschuld nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen

bleiben soll und der Grundschuldgläubiger den Betrag nicht liquidiert? Eine Erklärung des Grundschuldgläubigers nun, er liquidiere den Betrag nicht, kann erst im Termin zur Verteilung des Erlöses mit rechtlicher Wirkung abgegeben werden. Das Verfahren befindet sich demnach im Stadium nach dem Zuschlage. Durch den Zuschlag würde in diesem Falle die Grundschuld erlöschen, da sie nicht in das geringste Gebot fällt und auch nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen bleiben soll. Es bleibt also nur dieser Fall zur näheren Untersuchung übrig. Wie ist nun die Erklärung des Grundschuldgläubigers, er liquidiere den Betrag nicht, aufzufassen und welche Rechtswirkungen zeitigt er?

§ 17.

In welchem Sinne eine solche Erklärung des Grundschuldberechtigten aufzufassen ist, darüber streitet man sich in der Literatur. Die einen nehmen an, dass der Besteller der Grundschuld durch einen stillschweigend geschlossenen Vertrag das Recht auf die übrig bleibende Summe erwerbe. Andere nehmen einen Verzicht zugunsten eines anderen an. Eine dritte Gruppe von Schriftstellern sieht in der abgegebenen Erklärung überhaupt keinen Verzicht.

Der Hauptvertreter der Ansicht, die in der Erklärung einen stillschweigend geschlossenen Vertrag erblickt, ist Nissen.[1]) Er geht davon aus, dass eine Liquidationsbefugnis des Eigentümers, der die Grundschuld bestellt hat, nur durch einen besonderen, den Uebergang auf den Eigentümer vermittelnden Rechtsakt hergeleitet werden könne. Diesen Rechtsakt sieht er in einem Vertrage, der hier zwischen dem Eigentümer des Grundstücks, der die Grundschuld bestellt hat, und dem Grundschuldberechtigten geschlossen sein soll. Die Ausführungen Nissens lassen aber nicht klar erkennen, wie der Vertrag konstruiert werden soll. Wir glauben, dass Nissen in der Erklärung des

[1]) JW 1906 S. 803.

Bestellers, er beanspruche den freigewordenen Betrag, eine Offerte, und in dem Schweigen des Grundschuldgläubigers die Annahme dieser Offerte sieht. Dadurch komme ein Vertrag nach § 398 BGB zustande.

Aber diese Ansicht, glauben wir, wird sich nicht halten lassen. Mag in der Erklärung des Grundschuldgläubigers ein Antrag zu einer Offerte oder eine Offerte zu sehen sein, jedenfalls legt er den Parteierklärungen mehr Bedeutung bei, als ihnen in Wirklichkeit zukommt. Ist immerhin die Ansicht von dem Zustandekommen eines Vertrages noch denkbar, wenn dem Grundschuldgläubiger nur eine Person als angeblich Berechtigter gegenübertritt, wie soll dann aber das Zustandekommen eines Vertrages gerechtfertigt werden, wenn mehrere, nämlich der Besteller, der Eigentümer und der Nachhypothekar Anspruch auf den freiwerdenden Betrag erheben? Der Grundschuldberechtigte schweigt dann zu allen drei Offerten! Soll es hier dem Grundschuldgläubiger überlassen bleiben, sich den Vertragskontrahenten auszusuchen? Soll er verpflichtet sein, aus diesem Grunde die Berechtigung zur Empfangnahme des Geldes nachzuprüfen und konsequenterweise die Folgen seines Irrtums tragen? Und wie soll man sich die ungewisse Rechtslage der drei Konkurrenten bei dem Schweigen des Grundgläubigers vorstellen? Aus diesen Erwägungen heraus glauben wir, die Ansicht Nissens ablehnen zu können.

In der Erklärung des Grundschuldgläubigers kann aber auch nicht ein Verzicht zugunsten eines anderen erblickt werden, wie es z. B. Neumann[1]), Turnau-Förster[2]) und Weidemann[3]) wollen.

Wenn letzterer meint, dass der Besteller der Grundschuld einen Anspruch auf die Hyperocha habe, so geben wir ihm dies ohne weiteres zu. Daraus kann u. E. aber doch niemals ge-

---

[1]) JW 1906 S. 153.

[2]) a. a. O. S. 1070.

[3]) DJZ 1906 S. 1002 ff.

schlossen werden, dass der Grundschuldgläubiger deshalb durch seine Erklärung dieser Rückgewährpflicht genügen wollte. Nirgends im Gesetze ist eine Vermutung dafür aufgestellt, dass ein zur Herausgabe Verpflichteter seine Pflicht durch ein zur Verfügungstellen erfülle. Er hat ihm vielmehr die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Deshalb glauben wir, die Ansicht Weidemanns nicht annehmen zu dürfen.

Die Ansichten der drei letztgenannten Schriftsteller gehen eben in ihren Erklärungsversuchen zu weit. Sie legen den Worten des Grundschuldgläubigers mehr Bedeutung bei, als ihnen zukommt.

Nun darf man andererseits eine derartige Erklärung des Grundschuldgläubigers nicht so eng auffassen, wie dies z. B. Eccius und Siehr tun. Denn diese erblicken in den Worten überhaupt keinen Verzicht, sondern nur eine Erklärung des Inhaltes, dass der Grundschuldberechtigte für sich selbst Zahlung aus dem Grundstücke nicht verlange.

In der Erklärung „ich liquidiere den auf mich entfallenden Betrag nicht" sehen wir vielmehr nur, dass der Grundschuldgläubiger den ihm formell zustehenden Anspruch nicht erhebt oder bei teilweise valutierter Grundschuld nur in Höhe des materiellen Rechts erhebt; und zwar erhebt er den Anspruch weder vorläufig noch zukünftig. Es kann ja wohl im einzelnen Falle eine solche Erklärung die Bedeutung haben, dass der Erklärende damit den gegenwärtigen Rechtszustand unberührt lassen will. Wenn Siehr dies aber auch für diesen Fall verlangt, so ist ihm hierin nicht zuzustimmen. Denn unter Berücksichtigung der ganzen Rechtslage hätte der Grundschuldgläubiger sicherlich in diesem wichtigen Momente bei der Verteilung des Erlöses sich spätere Rechte ausdrücklich vorbehalten, wenn er solche noch behaupten wollte. Wenn man ausdrücklich das Wort „Verzicht" verlangen würde, so wäre der Vorwurf engherziger Interpretation gerechtfertigt. In eine Regelung der Frage, wem die Grundschuld in Höhe des nicht valutierten Betrages zustehen sollte, will der Grundschuldgläubiger vielmehr u. E. nicht eingreifen. Die

Auseinandersetzung darüber überlässt er denen, die darauf Anspruch erheben. Dabei ist er sich allerdings nicht im klaren, welche Rechtsfolgen seine Erklärung hat. Da, nach unserer Annahme, das Recht des Grundschuldgläubigers nicht in das geringste Gebot fällt und auch nach den Versteigerungsbedingungen nicht bestehen bleiben soll, so erlischt es (§§ 52, 91 ZVG). An die Stelle der Grundschuld tritt das Recht, Befriedigung aus dem Erlöse zu verlangen.[1]) Welche Wirkung übt nun aber der Verzicht auf diese Rechtslage aus? Ist er insbesondere geeignet, Rechtswirkungen im Sinne des § 1168 BGB zu äussern?

§ 18.

Die Vorschrift des § 1168 BGB steht ebenso, wie die obenerwähnte des § 1163 Abs. 1 S. 1, unter den für die Hypothek geltenden Bestimmungen. Sie kann deshalb nur für uns in Frage kommen, wenn ihre Anwendung nach § 1192 Abs. 1 zulässig ist. Da es sich hier um einen Verzicht auf das dingliche Recht, nicht aber um einen solchen auf eine Forderung handelt, so steht seine Anwendung ausser Zweifel.

---

[1]) Vermöge des in der Zwangsvollstreckung herrschenden Surrogationsprinzipes wird Eigentümer des Erlöses der bisherige Eigentümer des Grundstücks. Belastungen des Grundstücks sind Belastungen des Erlöses. Dies ist im Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nicht positiv geregelt, aber unzweifelhaft anerkannt. Es ergibt sich aus dem obengenannten Surrogationsprinzipe, das in einer Reihe von Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes hervortritt, so z. B. § 37 Nr. 5, 92, 1; 109, 2. Ausdrücklich anerkannt ist dieser Standpunkt vom RG Bd. 55 S. 223, S. 264. Jaeckel, Kommentar zu § 92, 1; Wolff zu § 92, 1; Endemann II S. 725. Den Begriff der Surrogationsbefugnis hat Hirsch (Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 S. 225) aufgestellt und aus dem Eigentum abgeleitet. Der Gedanke der Surrogation wurde im ersten Entwurf zum ZVG in einem besonderen Paragraphen ausgesprochen. Die zweite Kommission hat ihn jedoch gestrichen, da er sich in verschiedenen Gesetzesbestimmungen zeige. Anderer Ansicht ist heute noch Rothenberg (Archiv für zivilistische Praxis Bd. 94 S. 272).

§ 19.

Wäre der Verzicht dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber vor dem Zuschlage ausgesprochen und in das Grundbuch eingetragen worden, so wäre nach § 1168 eine Eigentümergrundschuld entstanden. Ob dies auch nach dem Zuschlage, also nach dem Erlöschen der Grundschuld der Fall ist, das hängt von der Auffassung der rechtlichen Natur der Grundschuld nach dem Zuschlage ab. Nehmen wir an, es sei dasselbe oder ein im wesentlichen gleiches Recht, auf das ohne weiteres die Vorschriften über die Hypothek und Grundschuld, also auch § 1168 Anwendung finden, so würde eine Eigentümergrundschuld entstehen. Der umstrittene Betrag wäre deshalb dem Eigentümer des an die Stelle des Grundstücks getretenen Erlöses herauszugeben. Nehmen wir jedoch an, dass die Grundschuld sich durch den Zuschlag in ein anderes Recht verwandle, auf das nicht die Vorschriften über die Hypothek und Grundschuld angewendet werden können, so kann der Verzicht die im § 1168 festgesetzte Rechtsfolge nicht haben, vielmehr wird der Betrag für die nachstehenden Realgläubiger frei.

§ 20.

Das Reichsgericht hat in zwei bekannten Entscheidungen[1]) zu dieser Frage Stellung genommen. In der erstgenannten Entscheidung wird dargelegt, dass sich die Hypothek durch den Zuschlag aufgelöst habe und zugleich eine Wandlung in ein „anders geartetes Recht“ erfahren habe. Deshalb könne man die Hypothekenvorschriften auf dieses Recht nicht ohne weiteres Anwendung finden lassen. Das sei nur möglich, wenn eine besondere gesetzliche Bestimmung hierüber bestehen würde. Auch aus dem für die Zwangsversteigerung angenommenen Surrogationsprinzip könne eine entsprechende Anwendung der

[1]) Bd. 55 S. 260 und Bd. 60 S. 251.

Hypothekenvorschriften nicht gefolgert werden. Nach diesem Prinzip trete nur der Erlös an die Stelle des Grundstücks. — Das von der Hypothek Gesagte gilt auch für die Grundschuld, wie aus der Entscheidung Bd. 60 S. 251 hervorgeht. Diese Auffassung vom anders gearteten Recht ist vom Reichsgericht bis in die jüngste Zeit beibehalten.[1]) Derselben Ansicht sind auch Planck S. 648 oben und Weidemann S. 1004.

Welcher Art nun dieses Recht ist, sagt das Reichsgericht nicht. In der Literatur sind die verschiedensten Erklärungsversuche über die rechtliche Natur dieses Anspruchs gemacht worden.

§ 21.

Du Chesne geht davon aus, dass die Beschlagnahme des Grundstücks als die Aussonderung eines unbeweglichen Gegenstandes aus dem Vermögen des Schuldners zum Zwecke der Ausübung der staatlichen Verwertungsbefugnis im Interesse der Befriedigung des Gläubigers zu bestimmen sei.[2]) Er nimmt an, dass das Recht, Befriedigung aus dem Erlöse zu verlangen, „keine privatrechtliche Form habe und weder ein dingliches Recht noch Anspruch im privatrechtlichen Sinne sei, unzweifelhaft aber bestehe, Rechtswirkungen äussere und auch gepfändet werden könne". Es sei nämlich der durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks entstandene öffentlich-rechtliche Anspruch des Gläubigers gegen den Staat, ihm Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu verschaffen. Du Chesne glaubt, dass die Funktion des dinglichen Rechts damit erschöpft sei, dem Gläubiger den Rang für seine Befriedigung anzuweisen, dass aber kein Grund vorhanden sei, dass es für das sich im Gebiete des öffentlichen Rechts bewegende Zwangsversteigerungsverfahren in irgendeiner Form weiterbestehe. Eine Unterstützung

---

[1]) Bd. 71 S. 412.

[2]) Rechtspflege in Bayern S. 257; Seuffert-Blätter 1905 S. 513.

seiner Ansicht sieht du Chesne in der Zwangsvollstreckung auf Grund eines blossen Schuldtitels. Da hier nie eine dingliche Belastung bestanden habe, könne auch von einem privatrechtlichen Anspruch auf den Erlös keine Rede sein. Mindestens mit dem Zuschlage sei jedes Privatrecht des Vollstreckungsgläubigers aus dem Vollstreckungsverfahren ausgeschieden und höchstens bleibe noch der privatrechtliche Geldanspruch, wegen dessen man den prozessualen Vollstreckungsanspruch geltend gemacht habe.

Man kann du Chesne ohne weiteres zugeben, dass das dingliche Recht dem Gläubiger einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Staat auf die Zwangsvollstreckung des Grundstücks gibt. Doch folgt aus dem Umstand, dass der Zwangsvollstreckungsanspruch öffentlich-rechtlicher Natur sei, noch nicht, dass das dingliche Recht durch die Mitwirkung des Staates bei seiner zwangsweisen Durchführung nun seine Natur als Privatrecht eingebüsst hat und als dingliches Recht erloschen ist.

§ 22.

Das Recht, Befriedigung aus dem Erlöse zu verlangen, ist seiner Natur nach vielmehr als ein mit den wesentlichsten Begriffsmerkmalen der Grundschuld ausgestattetes Recht anzusehen. Zu diesem Ergebnis führen uns folgende Erwägungen.

Die Grundschuld[1]) erlischt nach § 875 Abs. 1 BGB durch Aufgabeerklärung und Löschung. Wenn es nun im § 91 Abs. 1 ZVG heisst, dass durch den Zuschlag gewisse Rechte „erlöschen", so ist dies nicht ein „Erlöschen" im gewöhnlichen Sinne, dass nämlich die Rechte fortfallen, sondern es bedeutet nur, dass das Recht durch den Zuschlag eine Umwandlung durchmacht und sich in einer veränderten Gestalt weiter fortsetzt. Allerdings ändert sich auf der passiven Seite das Haftungs-

---

[1]) In den nun folgenden Abhandlungen schliessen wir uns den Ansichten Jaeckels, Kommentar zu § 92 und Güthes, DJZ 1908 S. 929 an.

objekt, denn es tritt an die Stelle des Grundstücks der Erlös. Wenn das RG hieraus aber folgert, dass das Recht deshalb nicht mehr dasselbe oder ein im wesentlichen gleiches Recht sein könne, so übersieht es, dass hier auf seiten des Gläubigers das neue Recht den Kern des alten immer noch in sich trägt. Zwar ist das alte Haftungsobjekt weggefallen, aber nur unter gleichzeitiger Verselbständigung des Grundstückswertes, auf dem alle Rechte derjenigen Privatrechtssubjekte lasten, die vorher Rechte am Grundstück hatten. Dieser Grundstückswert ist aber nichts anderes, als das Grundstück selbst, sondern nur eine Eigenschaft des letzteren.[1]) Es ist dasselbe Recht zeitlich verändert, dasselbe Recht, das nur das alte Gewand abgelegt hat. Denn, wenn es im Gesetze heisst, dass eine bestimmte Geldsumme „aus dem Grundstücke" zu zahlen ist, so meint es damit „aus dem in Geld umgesetzten Grundstück". Dieser Umsatz erfolgt nun nach § 1147 nur durch die Zwangsversteigerung; daraus geht aber deutlich hervor, dass das Gesetz selbst ein Ueberdauern des wesentlichen Inhaltes des Grundschuldrechts über den Zeitpunkt des Zuschlages hinaus bezweckt hat. Erloschen ist also nicht das dingliche Recht als solches, sondern nur, wie Jaeckel a. a. O. sagt, „die Beziehung dieses Rechts zu dem Gegenstande, der bis dahin die Befugnis des Berechtigten vermittelt hat, sich an den Grundstückswert zu halten". Durch den Zuschlag geschieht also weiter nichts, als das „der Grundstückswert, der Träger des dinglichen Rechts, geeignet gemacht wird, dieses zu befriedigen". Daraus geht aber hervor, dass das Grundschuldrecht auch nach dem Zuschlage kein „anders geartetes", sondern dasselbe Recht in entwickelterer Form ist. Dieser Ansicht sind auch Jaeckel und Güthe a. a. O.

Auch Oberneck kommt zu demselben Ergebnis und begründet seine Ansicht im wesentlichen mit denselben Argumenten, wie die soeben genannten Schriftsteller.[2]) In einem

---

[1]) Oberneck s. u.

[2]) a. a. O. II S. 52.

Punkte seiner Argumentation scheint Oberneck jedoch zu irren: Er wirft dem RG Inkonsequenz in seinen Entscheidungen Bd. 55 S. 223 und S. 260 vor. In der Entscheidung S. 223 weist das RG die Ansicht des Berufungsgerichts zurück, dass eine Eigentümerhypothek nicht entstehen könne, weil die Hypothek durch den Zuschlag erloschen sei. In der Entscheidung a. a. O. S. 260 dagegen lässt das RG eine Eigentümergrundschuld nicht entstehen, weil die Hypothek durch den Zuschlag erloschen sei, der Verzicht also nicht mehr eine Hypothek, sondern das Recht, Befriedigung aus dem Erlöse zu verlangen, treffe, auf das nicht die Vorschriften über die Hypothek Anwendung finden können, da es ein anders geartetes Recht sei.

Eine nähere Untersuchung zeigt jedoch, dass der Vorwurf, den Oberneck macht, ungerechtfertigt ist. Denn der Kernpunkt in beiden Urteilen ist ein anderer. In dem ersten Urteile entschied das RG, dass die Anwendung des § 1163 Abs. 1 S. 1 durch den Zuschlag nicht ausgeschlossen werde. Im zweiten Falle dagegen war die Forderung entstanden und der Gläubiger verzichtete auf sie. Wenn hier das RG den § 1168 nicht anwenden will, weil die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist, so lässt sich diese Entscheidung vielleicht aus anderen Gesichtspunkten heraus angreifen, aber in einem Widerspruch mit der zuerst genannten Entscheidung steht sie nicht. Dies Argument Obernecks fällt also fort. Aber schon die übrigen Darlegungen genügen u. E., um einen wirksamen Stützpunkt für die Richtigkeit seiner und damit auch unserer Ansicht, dass das Recht auf den Erlös ein mit den wesentlichsten Begriffsmerkmalen des Hypotheken- und Grundschuldrechts ausgestattetes Recht ist, abzugeben. Damit glauben wir nachgewiesen zu haben, dass das Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse ein dem vor dem Zuschlage bestehenden Recht gleichgeartetes Recht ist.

§ 23.

Neuerdings ist diese von Jaeckel, Güthe u. a. durchgeführte Auffassung erheblich bekämpft worden und zwar unter dem Gesichtspunkt der Verwandlung des Grundpfandrechts in ein Forderungspfandrecht. Samter zunächst geht von praktischen Erwägungen aus und sucht aus unzweifelhaft praktischen Ergebnissen die theoretische Konstruktion der Grundschuld nach dem Zuschlage zu finden. Das von ihm konstruierte Forderungspfandrecht, in das sich das Grundschuldrecht verwandelt haben soll, zeitigt sicherlich die gewünschten praktischen Folgen. Samter unterzieht sich aber nicht der Mühe, seine Ansicht theoretisch zu begründen, so dass er uns zu einer bestimmten Widerlegung oder Kritik keine Handhabe bietet.[1])

§ 24.

Zu demselben Ergebnis wie Samter kommt in neuester Zeit auch Hirsch[2]). In eingehender Untersuchung sucht dieser dem Gedanken Ausdruck zu geben, dass es sich bei der durch den Zuschlag erloschenen Grundschuld nicht um ein Erlöschen, sondern um eine Umwandlung in ein Forderungspfandrecht handelt. Er stellt sich damit auf den vom RG eingenommenen Standpunkt, sucht aber in tiefgründiger Auseinandersetzung das vom RG verwandte Bild der nichtvalutierten „ins Leere fallenden" Grundschuld konstruktiv und gedanklich zu klären. Diese Klärung gipfelt in der Auffassung, dass die Grundschuld sich zum Forderungspfandrecht umwandelt. Hirsch geht hierbei folgenden Weg. Er sagt: Unter dem an die Stelle des versteigerten Gegenstandes tretenden Versteigerungserlös werde in der Literatur meist nur das vom Ersteher gezahlte Geld ver-

---

[1]) Zu demselben Ergebnis, wie das RG, kommen auch Reinhard, Handausgabe § 91 Bem. 1; Turnau-Förster S. 934 Bem. 5.

[2]) Uebertragung der Rechtsausübung S. 378.

standen. Die Eigenart des Befriedigungsverfahrens bringe es mit sich, dass z. Zt. des Zuschlages wohl niemals ein Gelderlös vorhanden sei. Dieser werde regelmässig erst geraume Zeit später im Verteilungstermin gezahlt. Es werde daher dem Ersteher auf Kredit Eigentum übertragen und wenn aus den Normen das ZVG sich unzweifelhaft ergäbe, dass die am Grundstück erloschenen Rechte in dem Augenblicke, in dem ein Gelderlös vorhanden sei, auf diesen übergingen, so sei die Hauptfrage die, wo sich diese erloschenen Rechte in der Zwischenzeit befänden. Hirsch fragt sich, um diese Lücke ausfüllen zu können, ob die Rechte gegenstandslos fortbestehen, bis sie den Erlös belasten könnten oder ob sie untergingen und plötzlich wieder aus dem Nichts entständen, wenn der Ersteher das Geld zahle. Nach dem Grundsatze, dass kein dingliches Recht ohne Gegenstand bestehen könne, dass mit dem Untergang des Gegenstandes auch die dinglichen Rechte erlöschen müssen, folgert er, dass, wenn die Ausübung ihrer wesentlichen Befugnisse durch Untergang ihres Gegenstandes unmöglich geworden sei, sie erlöschen müssten. Unter Hinweis auf die Regelung des Pfandrechts gemäss § 1287 BGB und § 848 ZPO zieht Hirsch nun den Schluss, dass auch für das mit dem Zuschlag am Grundstück erlöschende Grundpfandrecht das Gesetz sofortigen Ersatz des Pfandgegenstandes verordne. Hier werde die Kluft zwischen dem ursprünglichen Pfand, dem Grundstück und dem Pfandrechtsziel, dem Gelderlös, durch die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf Barzahlung des Erlöses überbrückt. Es könne dahingestellt bleiben, ob der Erwerb des Erstehers sich auf Grund eines privatrechtlichen Kaufvertrages vollziehe oder nicht, jedenfalls werde durch den Zuschlag eine Forderung gegen den Ersteher auf Zahlung des Bargebotes begründet (ZVG § 61, 3; 118, 1; 128, 1; 132, 1; 134). Nur der Subhastat könne, wie sich aus dem Surrogationsprinzip ergebe, Subjekt dieser Forderung sein; der Erlös trete an die Stelle des Grundstücks, der Erwerb des Gelderlöses durch den Subhastaten werde durch „die Forderung gegen den Ersteher“ vermittelt. Diese Auffassung von der Umwandlung des Grundpfandrechts in ein die obenerwähnte

Kluft ausfüllendes Forderungspfandrecht stützt Hirsch dann weiterhin noch durch eine Reihe von Vorschriften des ZVG, die er in einem seiner Konstruktion günstigen Sinne auffasst[1]). Dass nun aber im Augenblicke des Zuschlages aus dem Grundpfandrecht ein Forderungspfandrecht wird und nicht etwa die Grundpfandgläubiger ohne weiteres kraft Gesetzes einen entsprechenden Teil dieser Forderung erwürben, ergebe, wie Hirsch dartut, sich daraus, dass dieser Erwerb an Zahlungsstatt erfolgen müsste. Dies sei aber zweifellos nicht der Fall, denn die Pfandgläubiger würden nicht schon mit dem Zuschlage, sondern erst durch Verteilung des Erlöses oder durch Uebertagung der Forderung gegen den Ersteher auf sie befriedigt. Bis dahin bleibe der Subhastat oder der Dritte persönlicher Schuldner des Hypothekengläubigers. Fernerhin ergebe sich dies daraus, dass im Falle der Nichtzahlung des Bargebotes durch den Ersteher die Berechtigten dadurch befriedigt würden, dass ihnen die Forderung gegen den Ersteher durch Gerichtsbeschluss übertragen werde;[2]) also nicht von selbst mit dem Zuschlage erfolge diese Uebertragung; es werde ebenso auch durch die Pfändung einer Forderung diese dem Gläubiger nicht übertragen. Dies geschehe erst durch Ueberweisungsbeschluss an Zahlungsstatt; auch hier werde das Pfandrecht erst durch besonderen Gerichtsbeschluss in die Forderung, das abgeleitete Recht in das Vollrecht verwandelt.

Mit dieser tiefgründigen Argumentation löst Hirsch die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende Streitfrage, welchen Einfluss der Verzicht eines Grundpfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück nach dem Erlöschen des Grundpfandrechts durch den Zuschlag habe und zwar, wie oben bereits angedeutet, im Samterschen Sinne.

Unterziehen wir diese Deduktionen Hirschs einer kritischen Würdigung, so ist nicht abzuleugnen, dass seine Beweisführung

---

[1]) Vgl. §§ 61, 82, 118, 128 I und II ZVG.

[2]) ZVG § 118, I.

stichhaltig und mit den Vorschriften des Zwangsversteigerungsrechtes durchaus vereinbar ist. Hirsch ist von dem Streben beseelt, die seiner Meinung nach existierende Kluft zwischen Erlöschen der Grundpfandrechte und Neuentstehung des Rechtsobjektes durch Zahlung des Erlöses im Verteilungstermin konstruktiv auszufüllen. Es ist nun aber zunächst zu fragen, ob eine solche Kluft überhaupt im juristischen Sinne besteht und ob es daher für notwendig zu erachten ist, nach juristischen Konstruktionen, die im vorliegenden Falle immer nur den Charakter des Provisoriums haben könnten, zu suchen. Hier weichen wir von der Ansicht Hirschs entschieden ab. Unseres Erachtens besteht juristisch trotz der Bestimmung des Gesetzes, dass mit dem Zuschlage die Rechte erlöschen, keinerlei Interimistikum. Vielmehr sind die Streitfragen und Zweifelspunkte unter dem Gesichtspunkte der fiktiv erfolgten Zahlung zu betrachten. An sich nämlich stände nichts der Möglichkeit entgegen, dass der Erlös bereits im Momente des Erlöschens der dinglichen Rechte d. h. im Zuschlagstermin gezahlt ist. Für diesen Fall bedürfte es, wie leicht ersichtlich, irgend welcher Umwandlungskonstruktionen vom Grundpfandrecht in ein Forderungspfandrecht keineswegs. Aber auch in dem Regelfalle des Gesetzes, dem lediglich der praktische Gesichtspunkt zugrunde liegt, dass der Ersteher im Zuschlagstermin noch nicht in der Lage sein wird, das für den Versteigerungserlös notwendige bare Geld dem Versteigerungsrichter vorzulegen, bedarf es der Konstruktion einer Umwandlung nicht, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass der Gelderlös schon im Augenblicke des Zuschlages als gezahlt gilt, die von den übrigen Schriftstellern daher erst von der tatsächlichen Zahlung des Erlöses im Verteilungstermin angesetzten Rechtswirkungen nach unserer Auffassung auf den Zuschlagstermin zurückzubeziehen sind. Es könnte nun bedenklich erscheinen, ein Pfandrecht an einem fiktiv existenten Objekt zu konstruieren. Nach allgemeinen Pfandrechtsnormen ist hiergegen, wie in den übrigen Fällen gesetzlicher Fiktion, jedoch nichts einzuwenden, zumal man das ganze Verhältnis als ein Pfandrecht an künftiger Sache auffassen kann. Das Surrogationsprinzip, das, wie oben

ausgeführt, im ZVG ganz bestimmten Ausdruck gefunden hat, zeigt sich eben gerade darin, dass das Gesetz den Gelderlös als schon im Zuschlagstermin gezahlt betrachtet, damit in diesem Augenblicke die unmittelbaren dinglichen Wirkungen, wie sie die Surrogation erheischt, eintreten können. Es könnten nun noch Bedenken dadurch entstehen, dass das Gesetz für den Fall der Nichtzahlung des Erlöses im Zuschlagstermin, also im Regelfall, Forderungsrechte gegen den Ersteher, eventuell einen bestimmten Dritten schafft. Man ist veranlasst zu fragen: in welchem Verhältnis stehen die Forderungen zum Pfandrecht am Fiktiverlös? Ist überhaupt eine Konkurrenz eines derartigen Forderungsrechts des Subhastaten gegen den Ersteher oder einen Dritten und eines Pfandrechts denkbar? Unseres Erachtens steht die Begründung derartiger Forderungsrechte der Annahme eines Pfandrechts nicht entgegen, da das Grundpfandrecht als das stärkere Recht in seiner Herrschaftsfunktion an der Sache die Konkurrenz eines Forderungsrechts weder bedingt noch ausschliesst. Nach alledem kommen wir zu dem Ergebnis, dass es der Konstruktion einer Umwandlung des Grundpfandrechts in ein Forderungspfandrecht im Sinne Hirschs nicht bedarf, wenn man das Grundpfandrecht in ein Pfandrecht am Fiktiverlöse auflöst. Damit stehen wir aber wieder auf dem von uns eingenommenen und oben dargelegten Standpunkt, der sich mit dem Jaeckels und Güthes u. a. deckt.

§ 25.

Neuerdings hat noch Wolff[1]) die Samtersche Ansicht rektifiziert. Er sieht in der durch den Zuschlag eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung zur Hebung kommenden Grundschuld kein Pfandrecht am Recht auf den Erlös, sondern glaubt sich richtiger dahin ausdrücken zu müssen, dass sich das Grundpfandrecht in einen Anspruch auf Wertersatz aus dem Erlöse verwandle.

---

[1]) a. a. O. S. 431 Anm. 11.

Aber auch bezüglich dieser Auffassung Wolffs gilt, was wir bereits oben von der Samterschen Auffassung sagten. Die kurze, apodiktische Form, die einer Begründung entbehrt, bietet deshalb eine nur mangelhafte Handhabe zur Kritik. Wenn Wolff mit seinem „Anspruch auf Wertersatz aus dem Erlöse" zum Ausdruck bringen will — und etwas anderes kann u. E. kaum darin gefunden werden —, dass die infolge des durch den Zuschlag herbeigeführten Unterganges der Grundschuld als eines Rechtes am Grundstück eingetretene Vermögensdifferenz zum Ausgleich gebracht werden muss, so ist damit in keiner Weise gesagt, welcher Natur dieser Wertersatzanspruch ist — und diese Frage war doch gerade zu beantworten! Wenn er dann in einem ganz anderen Zusammenhange[1]) die Auffassung des RG vom „anders gearteten Recht" und Erlöschen der Grundschuld durch den Zuschlag bekämpft und mit Jaeckel und Güthe den Standpunkt vertritt, dass durch den Zuschlag nur das Recht am Grundstück erlösche, dass aber die Grundschuld als ein Recht zum Bezuge des dem Grundschuldbetrage entsprechenden Teiles weiterbestehe, so steht dies u. E. mit seinen oben wiedergegebenen Ausführungen nicht im Einklang, da er dort den von Jaeckel und Güthe eingenommenen Standpunkt verlässt, ohne besondere Gründe dafür angeben zu können, es liegt daher auch unter Berücksichtigung dieser neuesten Formulierung durch Wolff für uns kein Grund vor, von unserem Standpunkt abzuweichen.

§ 26.

Können nun auf dieses Recht die Vorschriften über Hypotheken und Grundschulden entsprechend angewendet werden? Eine unmittelbare Anwendung derselben ist natürlich ausgeschlossen, denn das Recht ist immerhin kein Grundschuldrecht mehr. Eine analoge Gesetzesanwendung aber erscheint als durchaus geboten, weil ein innerer Grund für eine andere Behandlung

---

[1]) a. a. O. § 156 S. 543 Anm. 7.

der vor dem und nach dem Zuschlage erfolgten Verzichtserklärung nicht ersichtlich ist.[1]) Demnach würde nach §§ 1168, 1192 Abs. 1 der „Eigentümer" die Grundschuld erwerben. Eigentümer des Grundstücks wird durch den Zuschlag aber nun der Ersteher. Sollte dieser nun eine Eigentümergrundschuld erwerben? Hier ist wiederum ein Fall von Gesetzesanalogie gegeben. Denn nach der ratio des § 1168 erhält der Eigentümer die Hypothek nur, weil er Eigentümer des belasteten Objektes ist. Dies ist aber hier nicht, wie Landsberg a. a. O. S. 79 sagt, der Ersteher, sondern genauer gesprochen, der Subhastat. Der Subhastat erwirbt also als Eigentümer des kraft des Surrogationsprinzipes an die Stelle des Grundstückes getretenen Erlöses, die „Eigentümergrundschuld".

§ 27.

Wie steht es aber mit der formellen Verzichtserklärung nach § 1168 Abs. 2? Der Gläubiger gibt seine Verzichtserklärung lediglich im Termine zur Verteilung des Erlöses ab. Auch hierin glauben die Gegner unserer Ansicht ein Argument gefunden zu haben, das für die Unrichtigkeit unserer Ansicht sprechen soll.[2])

Dem ist mit Oberneck a. a. O. II S. 53 zu entgegnen, dass es sich hier um einen rein formalistischen Unterschied handelt, der auch durch die kraft Gesetzes veränderte Rechtslage hervorgerufen wird und auf das materielle Recht keinen Einfluss haben kann. Die Vorschriften über die Hypothek und Grundschuld können natürlich nur insoweit zur Anwendung kommen, als dies begrifflich überhaupt möglich ist. Wäre es immerhin noch denkbar, dass die Erklärung dem Eigentümer oder dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben werde, so ist doch eine Eintragung des Verzichtes mit der Wirkung, dass dadurch die Grundschuld

---

[1]) a. a. O. Jaeckel bei Gruchot.

[2]) cf. BGB, Reichsgerichtsräte § 1168 Nr. 1.

zur Eigentümergrundschuld werde, begrifflich überhaupt unmöglich. Zwar wird die Grundschuld s. Zt. der Abhaltung des Verteilungstermines ja noch nicht gelöscht sein, rechtlich aber besteht sie nicht mehr. Deshalb kann die Eintragung einer Verzichtserklärung nicht mehr die vom Gesetz bestimmte Folge haben. Daraus ergibt sich die begriffliche Unmöglichkeit der Anwendung des § 1168 Abs. 2 auf das Recht nach dem Zuschlage.

Die gewonnenen Resultate sind also folgende:

1. Die Anwendbarkeit des § 1168 auf die Grundschuld nach § 1192 Abs. 1;
2. Die rechtliche Bedeutung der Erklärung des Grundschuldgläubigers als Verzicht;
3. Die rechtliche Natur der Grundschuld nach dem Zuschlage als ein im wesentlichen gleiches Recht, auf das die Vorschriften über die Hypotheken und Grundschulden entsprechende Anwendung finden;
4. Die begriffliche Unmöglichkeit der Anwendung des § 1168 Abs. 2 auf dieses Recht.

Hieraus ergibt sich, dass der Subhastat als Eigentümer des Erlöses nach Massgabe der §§ 1168 Abs. 1 und 1192 Abs. 1 eine (Quasi-)Eigentümergrundschuld erlangt hat. Auf Grund dieses Rechtes steht ihm also der nicht liquidierte Betrag zu.[1])

§ 28.

Durch die Annahme, dem Eigentümer des Grundstücks zur Zeit der Zwangsversteigerung stände die umstrittene Summe zu, wird nun zugleich die Konsequenz abgelehnt, dass die dem Grundschuldberechtigten nachstehenden Realgläubiger einen Anspruch darauf erheben könnten. Da jedoch auch in der Literatur

---

[1]) Zu diesem Ergebnis kommen ausser den schon obengenannten auch Endemann a. a. O. II S. 746 Anm. 41; evtl. auch Eccius a. a. O. S. 162.

die Meinung vertreten ist, dass der Betrag den nachstehenden Realgläubigern zuzusprechen sei, geben wir die Meinungen der Hauptvertreter dieser Ansicht wieder, ohne hier auf eine spezielle Widerlegung derselben einzugehen.

Im Mittelpunkt steht das RG, das in den schon angeführten Entscheidungen im 55. Bd. S. 260 und 60. Bd. S. 251 ähnlich liegende Fälle entschieden hat. Durch diese Urteile ist die Frage der Behandlung der nicht valutierten und in der Zwangsversteigerung nicht liquidierten Grundschuld aufgerollt worden. Die Ansicht des RG basiert auf der Auffassung der Grundschuld nach dem Zuschlage als eines anders gearteten Rechts. Auf dieses Recht könnten, so etwa argumentiert der höchste Gerichtshof, nicht ohne weiteres die Vorschriften über die Hypothek und Grundschuld Anwendung finden. Dazu sei vielmehr das Bestehen einer besonderen Vorschrift nötig. Von diesem Standpunkte aus braucht auch das RG auf die rechtliche Bedeutung der Erklärung des Gläubigers im Verteilungstermin nicht einzugehen. Das Entstehen einer Eigentümergrundschuld ist also ausgeschlossen. Auch lehnt das RG das Entstehen einer Eigentümergrundschuld wegen fehlender Forderung nach § 1163 Abs. 1 S. 1 für den Grundschuldbesteller, wie oben schon erwähnt, ab. Das BGB habe, so führt das RG aus, zwar die Fälle des Entstehens einer Eigentümerhypothek gegenüber dem PrEEG §§ 63 ff bedeutend vermehrt. So sei z. B. auch der Fall des § 1163 Abs. 1 S. 1 eine Neuerung des BGB. Damit sei aber noch nicht der Satz, dass nachstehende Hypotheken nicht eher aus dem Versteigerungserlöse befriedigt werden sollen, als bis die ihnen vorgehenden Rechte voll aus ihm befriedigt seien, zu einem Rechtsprinzip erhoben. Bei dieser Auffassung würde man zur Wertparzellentheorie kommen, die heute von der herrschenden Meinung abgelehnt wird (näheres s. oben!). Es hafte vielmehr einem jeden Realgläubiger das ganze Grundstück und, da kraft des Surrogationsprinzipes im Zwangsversteigerungsverfahren der Erlös an die Stelle des Grundstücks trete, der ganze Erlös. Jeder Realgläubiger müsse sich nur insoweit Rechte vorgehen lassen, als sie auch materiell Bestand hätten. Für die

Hypothek sei dies zwar geschehen nach § 1163 Abs. 1 S. 1, nicht aber für die Grundschuld, da für sie die Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen sei. Da aus diesem Grunde eine Eigentümergrundschuld für den Besteller nicht entstanden sei, wegen der Unanwendbarkeit des § 1168 auf das Grundschuldrecht und der Subhastat nach dem Zuschlage ein Liquidationsrecht ebenfalls nicht erhalte, müsse notwendigerweise die Grundschuld in Höhe des nicht valutierten Betrages „ins Leere fallen". Die nachstehenden Realgläubiger erhielten somit einen Anspruch auf die nicht liquidierte Summe.

Wir können der Auffassung des RG über die Unanwendbarkeit des § 1168 nicht folgen, da wir in dem Rechte, Befriedigung aus dem Erlöse zu verlangen, ein der Grundschuld im wesentlichen gleiches Recht sehen, auf das die Vorschriften über die Hypotheken und Grundschulden entsprechende Anwendung finden. Dagegen folgen wir, wie oben schon dargelegt, den bezüglich der Unanwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 S. 1 auf die Grundschuld gemachten Ausführungen.

§ 29.

Der Auffassung des RG steht am nächsten du Chesne.[1]) Da sich dieser in allen Punken dem RG anschliesst, und wir seine eigenartige Auffassung von der Beschaffenheit des anders gearteten Rechts schon früher dargelegt haben, so glauben wir, hier auf seine Erwägungen nicht weiter einzugehen zu brauchen.

Im Endergebnis stimmt mit der Ansicht des RG auch Nissen a. a. O. überein. Er kommt zu diesem Resultat jedoch mit anderer Begründung. Nissen steht ebenfalls auf dem Standpunkt, § 1163 Abs. 1 S. 1 könne auf die Grundschuld nicht angewendet werden. Auch aus der Nichtliquidation des Gläubigers könne nicht ohne weiteres ein Recht des Eigentümers zur Liquidation des nicht valutierten Betrages gefolgert werden. Dazu

---

[1]) Rechtspflege in Bayern 1905 S. 257.

sei vielmehr ein besonderer Rechtsakt nötig. Wollte man aber einen solchen Rechtsakt in der Erklärung des Grundschuldgläubigers nicht sehen, so müsse der Betrag den nachstehenden Gläubigern zugeteilt werden. Eine nähere Begründung, weshalb dann den Nachhypothekaren das Recht zuwachse, gibt Nissen nicht.[1])

Lediglich aus praktischen Gesichtspunkten heraus begrüsst Abraham a. a. O. S. 182 die Entscheidung des RG, weil nach seiner Ansicht sonst der Eigentümer einen unverdienten Vermögenszuwachs erhalte. Eine nähere juristische Begründung gibt Abraham ebenfalls nicht.

§ 30.

Auch Weidemann a. a. O. S. 1003 betrachtet allein die Folgen der verschiedenen Meinungen. Er kommt im Gegensatze zur Auffassung Abrahams zu dem Ergebnis, dass eine Beurteilung im Sinne des RG ungünstige Rechtsfolgen haben könne. Liquidiere z. B. der Grundschuldgläubiger den freigewordenen Betrag, so könnten hieran die Nachhypothekare nichts ändern, sondern der Eigentümer, der die Grundschuld bestellt habe, habe einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Herausgabe des nicht valutierten Teiles. Den Realgläubigern stehe ein solcher Anspruch nicht zu, da es an einer Rechtsbeziehung zwischen ihnen und dem Gläubiger fehle. Es würde demnach nur vom guten Willen des Grundschuldgläubigers abhängen, ob er den Betrag den Realgläubigern oder dem Eigentümer zukommen lassen wolle.

Aus diesen eigenartigen Rechtsverhältnissen, die sich aus der Meinung des RG ergeben, kann nun natürlich nicht geschlossen werden, dass sie in ihrer rechtlichen Konstruktion verfehlt ist. Immerhin aber geben solche Eigentümlichkeiten zu denken! Auf die juristische Konstruktion braucht hier nicht

---

[1]) Mit diesem Resultat stimmen auch Staudinger III § 1168 Anm. 8, Kretzschmar, Sachenrecht § 1168 Anm. 5, Turnau-Förster § 1168 Anm. 5 überein, ohne aber ihre Ansicht näher zu begründen.

weiter eingegangen zu werden, da dies schon oben bei der Darlegung des Rechts des Subhastaten geschehen ist. Wir kommen mithin zu dem Ergebnis, dass die nachgehenden Realgläubiger zu einer Liquidation des freigewordenen Betrages nicht berechtigt sind.

Die Folge der Nichtliquidierung der Grundschuld seitens des Grundschuldgläubigers ist demnach das Entstehen einer Eigentümergrundschuld für den Subhastaten.

§ 31.

Es erhebt sich jetzt die Frage, ob die obligatorische Berechtigung des Grundschuldbestellers, die sich ja vor dem Zuschlage als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gläubiger darstellte, auch nach dem Zuschlage noch in Frage kommt und wie sich seine obligatorische Berechtigung im Hinblick auf das dingliche Recht des Subhastaten verhält. Es braucht hier nur die Frage erörtert zu werden, ob der Besteller der Grundschuld den von dem Subhastaten erlangten Vermögenszuwachs diesem im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung wieder entziehen kann. Dieses Ergebnis würde zweifellos der Billigkeit entsprechen. Denn der Subhastat hat diesen Vermögenszuwachs erhalten, ohne einen Gegenwert geleistet zu haben. Wird doch der Kaufpreis des Grundstücks in den meisten Fällen nur mit Rücksicht auf eine volle Valutierung der Grundschuld bemessen worden sein. Denn nehmen wir an, das Grundstück habe einen Wert von 50 000 M, dann hat der Grundschuldbesteller bei dem Verkaufe des Grundstücks an den Erwerber von diesem 44 000 M erhalten, während dieser einen Wert von 50 000 M (Grundstückswert) — 6000 M (Grundschuldlast) = 44 000 M, bekommen hat.[1]) Durch den Verzicht würde der Erwerber jetzt 6000 M erhalten, einen Vermögens-

[1]) Von evtl. anderen bestehenden Grundstücksbelastungen wollen wir hier absehen.

zuwachs, auf den er wirtschaftlich keinen Anspruch hatte. Der Billigkeit würde mithin das bisher gewonnene Resultat nicht entsprechen. Natürlich ist damit nicht der Schluss gerechtfertigt, dass nun ohne weiteres der Grundschuldbesteller einen Anspruch aus § 812 gegen den Subhastaten hat. Die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung können nicht lediglich deshalb Anwendung finden, um eine das allgemeine Rechtsgefühl mehr befriedigende Entscheidung herbeizuführen.

Eine Reihe von Schriftstellern vertritt allerdings den Standpunkt, dass eine Bereicherung „ohne rechtlichen Grund" schon dann vorliege, wenn das Ergebnis einer Vermögensverschiebung der Billigkeit nicht entspreche. Kuhlenbeck z. B.[1]) ist der Ansicht, dass in allen Fällen, in denen eine Vermögensverschiebung zu ungunsten einer Person, „welche sich weder durch kontraktliche Gesichtspunkte anfechten lässt, die sich aber gleichwohl nach allgemeinen Billigkeitsgrundsätzen als ungerechtfertigt darstellt", eintritt, mit Hilfe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung beseitigt werden kann. Derselben Ansicht ist u. a. auch Schlossmann.[2])

Heute wird es allgemein abgelehnt, zur Interpretation der Worte „ohne rechtlichen Grund" den Begriff der Billigkeit zu verwenden. Die Berücksichtigung derselben ist dem Gesetze natürlich nicht unbekannt, aber in den Fällen, in denen die Billigkeit Anwendung finden soll, wird ausdrücklich durch das Gesetz auf sie verwiesen. Billigkeitsgründe aber zur Interpretation strengen Gesetzestextes zu verwenden, der davon nichts erwähnt, erscheint mit Rücksicht auf den schwer fassbaren und stetiger Entwicklung unterworfenen Begriff nicht angängig. Anderenfalls wäre es nicht ausgeschlossen, dass vielen Gesetzesbestimmungen jede feste Grundlage entzogen würde und nicht mehr der einheitliche Massstab fester Normen, sondern der Massstab wechselnder Billigkeitsbegriffe angewendet werden würde.[3]) Die Billigkeit

---

[1]) a. a. O. S. 559.

[2]) a. a. O. S. 40.

[3]) Ueber den Begriff der Billigkeit siehe Jung a. a. O. S. 24 Bem. 48.

kann nur insofern von Bedeutung werden, als sie von aussen her den Anlass zu einer Untersuchung geben kann, ob ein unbilliges Resultat durch die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ausgeglichen werden kann.

Für die Frage, ob dem Grundschuldbesteller gegen den Subhastaten ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 zu geben ist, wird, abgesehen von den übrigen Voraussetzungen, vor allem zu prüfen sein, in welcher Weise die abstrakte Vermögensverschiebung, die nach § 812 vorliegen muss, ohne rechtlichen Grund erfolgt ist. Die Vermögensverschiebung erfolgt nach dem Gesetze entweder „durch Leistung" oder „in sonstiger Weise". Wir brauchen in unserem Falle auf den Begriff der Leistung im Sinne des § 812 nicht einzugehen. Denn, da die Leistung grundsätzlich derjenige erbringen muss, auf dessen Kosten sie geschieht, dies aber hier nicht der Fall ist, so kann es sich nur um die zweite Alternative handeln.

Hat sich diese „Vermögensverschiebung in sonstiger Weise" nun aber auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund vollzogen? Diese Frage ist in der Literatur behandelt, aber nicht einheitlich entschieden worden. Vielmehr gehen die Ansichten darüber auseinander. Eine Reihe von Schriftstellern sucht die Frage durch Aufstellung eines allgemeinen Prinzips, das dem BGB zugrunde liegen solle und das in den §§ 812 ff. allgemein ausgesprochen sei, zu beantworten. Jung, der wohl der erste unter ihnen gewesen ist, sagt,[1]) mit der condictio seien diejenigen Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen, die sich vollziehen, ohne Einwirkung auf die relativen rechtlichen Beziehungen der beiden Beteiligten zu haben. Aehnlich äussert sich v. Mayr:[2]) „Der Mangel des rechtlichen Grundes ist gegeben mit seiner Charakterisierung als Mangel der relativen Beziehung zwischen den Parteien, als Widerspruch zwischen der durch die Vermögensverschiebung geschaffenen absoluten und der mit Rücksicht auf die relativen Beziehungen

---

[1]) a. a. O. S. 129.

[2]) a. a. O. S. 428 ff.

zwischen Erwerbenden und Verlierenden bezweckten Vermögenslage".

In ähnlicher Weise sucht auch Plessen[1]) zu einer Beantwortung der Frage zu kommen, indem er das Prinzip aufstellt: „Wer auf irgend eine Weise auf Kosten eines anderen etwas hat, ohne dass dies Haben durch relative Beziehungen zu dem anderen gerechtfertigt ist, ist zur Herausgabe verpflichtet". Aehnlich äussert sich auch Collatz.[2])

Wir glauben nicht, dass mit dem Aufstellen eines allgemeinen Prinzipes dem Sinne des Gesetzes entsprochen wird. Mit Recht macht Planck[3]) diesen den Vorwurf, dass ihre Annahmen künstlich und zum Teil unrichtig seien. Er sagt: „Auch führt die Auffassung eines Prinzipes nicht immer zu einem positiven Ziele. In denjenigen Fällen, in denen ein Erwerb kraft Gesetzes eintritt, wie auch hier, kommt es im Endeffekt fast immer auf eine Betrachtung des einzelnen Falles an".

Auch Hellwig[4]) erklärt sich mit Recht gegen die Annahme eines Prinzipes. Wenn Hellwig aber alle Fälle erschöpfend aufzählen will, in denen „jemand in sonstiger Weise etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat", so können wir ihm hierin nicht zustimmen. Denn das praktische Leben wird stets neue Fälle schaffen, die im Gesetz unmöglich schon vorher geregelt sein könnten.

Wir suchen vielmehr zu einer Beantwortung der Frage zu kommen, indem wir die einzelnen Fälle nach Massgabe der sich aus dem Zusammenhange ergebenden besonderen Vorschriften des BGB betrachten. Wir können drei Fälle unterscheiden:[5])

1. Die Bereicheruug auf Kosten eines anderen beruht lediglich auf dem Willen des Bereicherten;

---

[1]) a. a. O. S. 50.

[2]) a. a. O. S. 40.

[3]) a. a. O. § 812 Anm. 3 S. 933.

[4]) a. a. O. S. 135 u. 136.

[5]) Im Anschluss an Planck III S. 936; Windscheid-Kipp II § 422 Zusätze; Enneccerus I, 2 S. 572 ff.

2. die Bereicherung auf Kosten eines anderen beruht auf der Handlung eines Dritten;

3. gewisse Fälle, in denen kraft Gesetzes ein Rechtsverlust eintritt.

Unser Fall gehört unter die zuletzt genannte Art von Rechtsverlusten. Denn kraft der Bestimmung des § 1168 — ausgelöst durch den vom Gläubiger ausgesprochenen Verzicht — ist die Grundschuld unmittelbar zugunsten des derzeitigen Grundstückseigentümers entstanden. Wenn eine Bereicherung unmittelbar durch das Gesetz herbeigeführt wird (Ersitzung, Verbindung, Eigentümergrundschuld), nicht dagegen durch die Handlung einer Person, so entsteht die Frage, wann diese Bereicherung sich als eine ungerechtfertigte im Sinne des § 812 Abs. 1 darstellen kann. Der Regel nach wird man sagen müssen, dass die Bereicherung gerechtfertigt ist, denn das Gesetz identifiziert in einem solchen Regelfalle die Rechts- und Vermögensverschiebung. Es ist aber nicht zu leugnen, dass sich auch Fälle konstruieren lassen, in denen zwar die Rechtsverschiebung vom Gesetz gewollt, die damit unlöslich zusammenhängende Vermögensverschiebung nicht gewollt war? In diesen Fällen muss natürlich eine Ausnahmeregelung geboten erscheinen, denn das Gesetz sanktioniert ja eben dann nur die Rechtsverschiebung, nicht aber die Vermögensverschiebung. Welches ist nun aber das Kennzeichen für den Regel-, welches für den Ausnahmefall? Darauf ist zu antworten: Eine allgemeine Regelung kann das Gesetz nicht geben, es muss jeweilig aus dem inneren Grunde und Zwecke der konkreten Gesetzesbestimmung geschlossen werden.[1]) Die Bereicherung durch Ersitzung oder im Falle der sogenannten Kontratabularersitzung, desgleichen die durch die Verjährung herbeigeführte Bereicherung ist gleichzeitig gerechtfertigte Rechts- und Vermögensverschiebung. Der Eigentumsübergang durch Verbindung, sowie durch Neugestaltung einer Sache dagegen begründet, wenn auch eine gerechtfertigte Rechtsverschiebung, so

---

[1]) Enneccerus S. 572 ff.

doch ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Denn das Gesetz wollte in diesem Falle nur bestimmen, dass ein „besonderes Eigentum an der Sache oder an dem früheren Stoffe nicht mehr möglich ist".[1]) Es soll also negativ, rein dinglich der Vermögensverlust zum Ausdruck gebracht, nicht aber die materielle Vermögensverschiebung sanktioniert werden und das bestimmt § 951 ja ausdrücklich.[2]) Wie ist nun die aufgeworfene Frage bei der durch das Gesetz entstehenden Eigentümerhypothek zu entscheiden? Will hier das Gesetz nur die Rechtsverschiebung, oder will es ausserdem auch die Vermögensverschiebung sanktionieren? Diese Frage ist unzweifelhaft im letzteren Sinne bejahend zu beantworten. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Eigenart der Eigentümergrundschuld, die in dieser Beziehung mit der Eigentümerhypothek identifiziert werden kann, darin zu sehen ist, dass dem Grundeigentümer ein sogenanntes formelles Verfügungsrecht zustehe, mittels dessen er an die Stelle seiner eingetragenen unwirksamen Post eine neue setzt, oder ob sie, wie jedes eingetragene Grundpfandrecht als solches, formelle Gültigkeit vorausgesetzt, von dauernd objektiver Existenz ist und auf den Eigentümer das fortbestehende dingliche Recht übergeht, kurzweg Eigentümerhypothek oder -grundschuld wirkliche Hypothek oder Grundschuld ist.[3]) Jedenfalls steht unleugbar fest, dass Eigentümerhypothek wie Eigentümergrundschuld sich als ein selbständiges Vermögensobjekt darstellt, d. h. abstraktes Wertrecht, also Vermögensrecht schlechtweg ist.[4]) Hätte nun das Gesetz durch die Enstehung der Eigentümergrundschuld nur die abstrakte Rechtsverschiebung, nicht aber die konkrete Vermögensverschiebung sanktionieren wollen, so hätte es, wie in den oben aufgeführten Fällen, eine dahingehende Bestimmung ausdrücklich treffen müssen. Es ist aber nicht

---

[1]) Enneccerus a. a. O.

[2]) Andere Beispiele s. §§ 988, 955, 977, 996, 999, 1539; s. Enneccerus a. a. O.

[3]) Hierüber siehe Dernburg III S. 725, 2 a. a. O.; Planck S. 513 e a. a. O.

[4]) Staudinger a. a. O. zu § 1177 I 3; v. Mayr a. a. O. S. 135.

angängig, aus dem Schweigen des Gesetzes zu folgern, dass die in der Entstehung der Eigentümergrundschuld liegende Rechtsverschiebung eine ungerechtfertigte Vermögensverschiebung bedeute, da aus dem inneren Wesen und Zweck des Institutes der Grundschuld sich ergibt, dass dem Eigentümer in diesen Fällen ein selbständiges Vermögensobjekt zugeführt werden soll. Damit ist nicht nur die Rechts-, sondern auch die Vermögensverschiebung vom Gesetze als gerechtfertigt erklärt und mögen auch sonst die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 in der Person des Grundstückseigentümers gegeben sein, der Anspruch entfällt wegen Mangels der wichtigsten Voraussetzung: des Erlangens eines Wertes „ohne rechtlichen Grund".

Dieses unbillig erscheinende Ergebnis wird durch den Umstand gemildert, dass der Grundschuldbesteller, wie wir gesehen haben, einen Anspruch aus § 819 hat, der ja unabhängig davon, ob der Gläubiger den Vermögenswert jetzt noch in Händen hat, besteht. Auf diese Weise wird der Besteller Wertsersatz verlangen können aus § 818, 2.

Schluss.

§ 32.

Aber auch dieses Ergebnis erscheint insofern noch ungerecht, als der Grundschuldgläubiger den Wert, den er zu leisten hat, nicht mehr in Händen hat. Da dieser Wertverlust durch die Verzichtserklärung eingetreten war, die der Gläubiger „bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles“ nicht abgegeben haben würde, so wird man eine Anfechtung der Willenserklärung wegen Irrtums dem Grundstückseigentümer gegenüber nach § 119, 2 BGB in betracht ziehen müssen. Da wir die Streitfrage, ob die Anfechtung einer Willenserklärung aus dem Grunde der Unkenntnis ihrer gesetzlichen Folgen bejahend beantworten,[1]) kann der Gläubiger auf diese Weise die Folgen seiner Willenserklärung rückgängig machen und Herausgabe des nichtliquidierten Betrages vom Grundstückseigentümer verlangen.

[1]) Siehe Planck a. a. O. II zu § 119.